# Die Anwendung der Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld.

§ 1192 B. G. B.

Dr. jur. Ernst Fiermann.

# Die Anwendung der Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld.

§ 1192 B. G. B.

## Inaugural-Dissertation

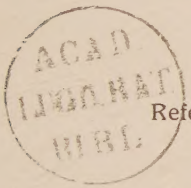
der

juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

**ERNST FIERMANN**

Referendar am Kgl. Landgericht zu Naumburg.



**1911.**

Buchdruckerei von Heinrich Lütge, Weißenfels.

Referent: Univ.-Professor Dr. Matthiash.

Dem Andenken meines Vaters.

# Literaturverzeichnis.


Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Aufl. 1896.

Achilles, Die preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht. 1. Aufl. 1881.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung, 1901.

Archiv für Bürgerliches Recht.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht 1898. 1. Aufl.

Crome, System des Bürgerlichen Rechtes III. 1. Aufl. 1905.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 1. Aufl. 1910.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens III. 4. Aufl. 08.

Deutsche Juristenzeitung.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. 8. Aufl. 1905.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1904.

Eccius, Preussisches Privatrecht III. 7. Aufl. 1896/97.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1896.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1906.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes.

Güthe, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1. Aufl. 1905.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht. 1. Aufl. 1895.

Hachenburg, Vorträge. 2. Aufl. 1900.

Hallbauer, Das Hypothekenrecht des B. G. B. 2. Aufl. 1908.

Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes III. 3. Aufl. 1907.

Henle, Reichsgesetz betreffend Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1907.

Ihering's Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Kammergerichts-Entscheidungen in Johow's Jahrbüchern.
Kühnast, Die Grundschuld des Entwurfs eines B. G. B. 1888. 1. Aufl.
Kindel in der Festgabe für Koch 1903.
Matthiash, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. 4. Aufl. 1900.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Mittelstein, Das Hypothekenrecht des B. G. B. 1898.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. bis 6. Aufl. 1909.
Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechtes. Jahrg. 1 bis 8.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.
Oberneck, Hypothekenrecht. Ein Vortrag 1897.
Predari, Grundbuchordnung 1907. 1. Aufl.
Protokolle zum Entwurf eines B. G. B.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes in Litteratur und Praxis. 1. Aufl. 1900.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Recht, das, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rehbein und Reincke, Allgemeines Landrecht 1889.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch II. 1903.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 5. bis 6. Aufl. 1910.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. II 1907, III 1906.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1900 und 1906.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband 1908.
Warneyer, Bürgerliches Gesetzbuch 1908.
Willenbücher, Reichsgrundbuchordnung. 3. Aufl. 1905.

# Inhaltsübersicht.


Seite

I. Die Grundkreditbelastungsformen im Allgemeinen . . . 1

II. 1. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld liegt in ihrem beiderseitigen Verhältnis zu einer Forderung . . . . . 3

2. Die Anwendbarkeit der einzelnen Vorschriften betreffend: . . . . . 19

a) Entstehung der Hypothek . . . . . 20

b) Inhalt und Umfang der Hypothek . . . . . 34

c) Zinsen der Hypothek . . . . . 47

d) Befriedigung, Uebertragung und Erlöschen der Hypothek . . . . . 49

e) Sicherungshypothek . . . . . 64

III. Die praktische Bedeutung von Hypothek und Grundschuld . . . . . 66

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0025

# I.

In vielgestaltiger Form hat das Bürgerliche Gesetzbuch im achten Abschnitte des dritten Buches den Bedürfnissen des Realkredits Rechnung getragen: als Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld kann hiernach die Belastung eines Grundstücks und somit eine Ausnutzung des durch Grund und Boden repräsentierten Wertes erfolgen. Neuschöpfung des Bürgerlichen Rechtes ist nur die Rentenschuld. Hypothek und Grundschuld sind Erscheinungen früherer Rechte und aus diesen übernommen. Was aber die rechtliche Natur beider Grundstückspfandrechte anlangt, so hat sich hier ein grosser Wandel gegen das gemeine und preussische Recht vollzogen: Das bürgerliche Recht hat den römisch-rechtlichen Satz[1]) von der akzessorischen Natur der Hypothek abgestreift und ihre selbständige Existenzfähigkeit anerkannt, eine Tatsache, die in der Ausgestaltung und konsequenten Durchführung der Eigentümer-Hypothek ihren Ausdruck findet[1]). Infolge dieser Wandlung in dem rechtlichen Charakter der Hypothek ist der prinzipielle Unterschied zwischen der „akzessorischen" Hypothek und der „selbständigen" Grundschuld geschwunden. Beide sind, wie im folgenden zu zeigen sein wird, heute Erscheinungsformen des gleichen

[1]) Hachenburg, Beiträge S. 2.

dinglichen Rechtes, unterschieden nur in ihrem Verhältnis zu einer persönlichen Forderung. Diese grundsätzliche Gleichstellung beider Grundkreditbelastungsformen hat das Bürgerliche Gesetzbuch in der Bestimmung des § 1192 B. G. B. zum Ausdruck gebracht, nach dem die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

## II. 1.

Hypothek und Grundschuld sind nach den in den §§ 1113, 1191 B. G. B. enthaltenen Definitionen Grundstücksbelastungen derart, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstücke“ zu zahlen ist. Diese Zahlung „aus dem Grundstücke“ ist natürlich ein bildlicher Ausdruck. Die dingliche Berechtigung des Hypotheken- wie Grundschuldgläubigers geht in beiden Fällen, falls der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht freiwillige Zahlung vorzieht, dahin, im Wege der Realexekution seinen Anspruch zu verwirklichen, d. h. aus dem hierdurch zu erzielenden Ertrag[1]) oder Erlöse des Grundstücks die Schuldsumme sich zahlen zu lassen. Diesem Gläubigerrecht entspricht die Verpflichtung des Eigentümers zur Duldung und Ermöglichung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück und ranggemässe[2]) Auszahlung des dem Berechtigten zukommenden Geldbetrages aus den durch die Zwangsvollstreckung zur Verteilung an die Berechtigten bereitgestellten Geldern: zu einem positiven Tun oder Leistung dagegen, zur Zahlung an den Gläubiger, ist er nicht verpflichtet[3]); tut er dies zur Ab-

---

[1]) Denkschrift S. 211.
[2]) Neumann, Handbuch S. 821.
[3]) Oberneck, R. G. R. 2, § 113, S. 2.

wendung der Zwangsvollstreckung, so macht er von einem Recht Gebrauch, nicht aber besteht eine obligatorische Zahlungspflicht für ihn.

Die dingliche Last, die Art und der Inhalt der Gebundenheit der Grundstücke, ist hiernach bei der Hypothek und der Grundschuld die gleiche.[1]) Auf dem Gebiete des dinglichen Rechtes ist daher das beide Grundpfandrechte trennende Merkmal nicht zu suchen.

Beide sind Rechtsformen des Realkredits. Während die Grundschuld aber einfach den Gläubiger benennt, der aus ihr dinglich berechtigt sein soll ohne Angabe, ob ein persönliches Forderungsrecht und welches die Einräumung dieser Berechtigung motiviert, trägt die Hypothek ihre Zweckbestimmung in sich: zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung soll der Gläubiger sein Recht an dem Grundstücke ausüben dürfen.

Die Grundschuld ist demnach die Rechtsform des reinen Realkredits, die Hypothek verbindet den Personal- und Realkredit.

Diese kompliziertere Natur der Hypothek legte es eigentlich nahe, die Grundschuld als die einfachere der Grundkreditbelastungsformen in allen Beziehungen auszugestalten und dann die Hypothek unter Verweisung auf die Regelung der Grundschuld durch Hervorhebung der Besonderheiten zu ordnen.[2]) Tatsächlich wurde denn auch in zweiter Lesung der Vorschlag gemacht, die Grundschuld derart an erster Stelle zu regeln, dass die Hypothek sodann nur noch als „modifizierte“[3]) Grundschuld erschiene, und die Redaktionskommission für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs hat demzufolge den achten Abschnitt des dritten Buches

[1]) Hachenburg, Beiträge S. 26.
[2]) Achilles, B. G. B. S. 314.
[3]) Prot. IV, S. 498.

zweimal entworfen, einmal unter Voranstellung der Hypothek und einmal unter Voranstellung der Grundschuld.[1]) — Man entschied sich für ersteren Entwurf. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass die Grundschuld für einen grossen Teil des Reichsgebietes ein neues Institut sei[2]), während die Hypothek auch in der ihr durch das Gesetz gegebenen Gestalt dem bisher in vielen Gebieten geltenden Recht näher stehe als die Grundschuld, und weil durch diese Anknüpfung an das bestehende Recht die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches erleichtert werde. Namentlich gebiete dies die Rücksicht auf die zur Anwendung des Gesetzbuches berufenen Beamten, ebenso fordere die Rücksicht auf das beteiligte Publikum eine erschöpfende und in sich verständliche Darstellung der die Hypothek betreffenden Vorschriften. Endlich müsse die Hypothek, deren Bestellung Vermögenssicherung sei, geschichtlich als die normale, die Grundschuld, deren Bestellung Vermögenszuwendung sei, als die abgeleitete Form anerkannt werden. — So finden wir denn die Hypothek an erster Stelle in den §§ 1113—1190 B. G. B. erschöpfend geregelt, während für die Grundschuld nachfolgend nur wenige Sonderbestimmungen getroffen und im Uebrigen die Vorschriften über die Hypothek für entsprechend anwendbar erklärt sind, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

Für die Befolgung dieser Verweisungsmethode ist wohl einerseits der praktische Grund massgebend gewesen, das Gesetz möglichst zu vereinfachen und nicht umfangreicher zu gestalten, als unbedingt erforderlich. Sodann aber war bestimmend[3]) die Schwierigkeit, für alle Fälle voraus zu

[1]) Turnau-Förster 1, S. 1066, vgl. Prot. IV, 501—504, Gruchot 38, S. 424.
[2]) Böhm, § 192 I, S. 300.
[3]) Mot. III, S. 781.

entscheiden, ob die einzelne auf die Hypothek zugeschnittene Vorschrift auch für die Grundschuld Geltung haben und Anwendung finden sollte oder nicht. — Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber prinzipiell die Anwendbarkeit der Hypothekenvorschriften ausgesprochen und es nur der Praxis überlassen, im Einzelfalle die Geltung der Hypothekennorm für die Grundschuld unter dem Gesichtspunkte zu prüfen, ob nicht der abstrakte Charakter der Grundschuld der Anwendung der einzelnen Vorschrift entgegensteht.

Das die Hypothek von der Grundschuld unterscheidende Merkmal liegt hiernach darin, dass erstere eine Forderung „voraussetzt". Diese Voraussetzung einer Forderung für die Hypothek und deren Nichtvoraussetzung für die Grundschuld ist also der gesetzlich gegebene Massstab, nach dem die grundsätzliche Anwendbarkeit der Hypothekenvorschriften im Einzelfalle ausgeschaltet werden soll. Klarheit über das Verhältnis der Hypothek zu einer Forderung wie der Grundschuld zu einer Forderung ist daher unbedingt für die Beurteilung der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit der einzelnen Normen des Hypothekenrechtes für die Grundschuld erforderlich. Denn mit der Darlegung, ob und inwieviel die Hypothek eine persönliche Forderung voraussetzt, und andrerseits, ob und inwieweit die Grundschuld das Bestehen eines persönlichen Forderungsrechtes neben ihr ausschliesst oder zulässt, wird die Möglichkeit gegeben sein, zu entscheiden, ob die einzelne Hypothekenvorschrift auf der Voraussetzung einer Forderung beruht, aus einer akzessorischen Natur der Hypothek hervorgeht oder ob die einzelne Vorschrift zwar auch auf die kausale Natur der Hypothek Bezug nimmt, das Bestehen einer persönlichen Schuld neben dem dinglichen Hypothekenrecht berücksichtigt, aber doch nicht auf einer Akzessorität der Hypothek basiert, sondern aus allgemeinen, sachenrechtlichen Grundsätzen

entspringt und darum nicht Sondervorschrift für die Hypothek, sondern für die Grundpfandrechte allgemein in Geltung ist.

Die Hypothek des Bürgerlichen Rechtes ist, wie schon eingangs erwähnt, ihrer rechtlichen Natur nach von der früherer Rechte durchaus verschieden. Das Charakteristische des geltenden Hypothekenrechtes ist der regelmässige Eintritt der Eigentümerhypothek bei Nichtexistenz der Forderung und der hierdurch bedingte Ausschluss des Aufrückens der nachstehend dinglich Berechtigten. Das Ergebnis hiervon ist die Ueberbrückung der die Hypothek und die Grundschuld früherer Rechte trennenden Kluft[1]) und die Schaffung einer einheitlichen Grundlage der Grundstückspfandrechte.

Nach den Grundsätzen des römischen und der ihm folgenden Rechte gab es keine Eigentümerhypothek. Bestand die Forderung nicht, um derentwillen die Belastung des Grundstückes erfolgte, so entstand auch keine Hypothek. Erlosch die Forderung, so ging die Hypothek unter. Eine Hypothek ohne Forderung war nicht denkbar. Sie war ein reines Akzessorium dieser und teilte ihr Schicksal wie ihr Schatten[2]).

Diese römisch-rechtliche Auffassung der Hypothek als eines unbedingt von der zu sichernden Forderung abhängigen Rechtes hat nun aber im Laufe der Entwicklung des neueren Hypothekenrechtes nach verschiedenen Richtungen eine Abschwächung erfahren[3]). Das preussische Gesetz vom 5. Mai 1872 hat zwar noch an der begriffsmässigen Akzessorität der Hypothek festgehalten, es fand aus ihr den Gegensatz von Hypothek und Grundschuld. Nur für Ausnahmefälle erkannte es den Bestand der Hypothek nach Fortfall der Forderung beim Eigentümer an. Erlosch durch Zahlung

---

[1]) Predari, S. 214.
[2]) Hachenburg, Vortr. S. 510.
[3]) Denkschrift S. 214.

des Eigentümers der belasteten Liegenschaft, der gleichzeitig persönlicher Schuldner war, die Forderung, oder ging sie durch Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in einer Person unter, so sollte die Hypothek nicht mit der Forderung erlöschen. Sie fiel als Eigentümerhypothek an den Eigentümer. Aber auch für diesen Ausnahmefall hat die preussische Praxis die akzessorische Natur der Grundschuld dadurch zu retten gesucht, dass sie den Eigentümerhypothekar auch die Forderung erwerben, und, nachdem sie in seiner Hand natürlich geruht hatte, auf den neuen Hypothekar übertragen liess[1]). In allen anderen Fällen aber entstand und bestand ohne Forderung keine Hypothek. Die Nachhypotheken rückten auf[2]).

Auch der Entwurf I hatte noch die grundsätzliche Abhängigkeit der Hypothek beibehalten. Mit einer „akzessorischen" Hypothek und einer im begrifflichen Gegensatz zu ihr „selbständigen" Grundschuld glaubte man den Bedürfnissen des Realkredits gerecht zu werden. Freilich erlitt das Prinzip der Akzessorität der Hypothek tiefgreifende Abschwächungen[3]). Der Glaube des Grundbuchs wurde auf die Forderung erstreckt und damit auf dem Wege der Fiktion die Unabhängigkeit der Hypothek von der Forderung, die nur kraft der Hypothek als bestehend oder fortbestehend galt, wenn schon sie in Wirklichkeit nie bestanden hatte oder wieder erloschen war, anerkannt. Ferner übernahm der erste Entwurf die Eigentümerhypothek in wesentlich demselben Unfange, wie sie in Preussen auf Grund der §§ 63—66 E. E. G. sich entwickelt hatte. Der Entwurf beseitigte aber die „höchst künstliche" Auffassung der preussischen Praxis, dass bei der Eigentümerhypothek die

[1]) Predari, S. 212.
[2]) Hachenburg, Beitr. 10.
[3]) Predari a. a. O.

Forderung beim Eigentümer ruhe und erkannte an, dass in den Fällen, in denen sich die Hypothek und die persönliche Schuld mit der Forderung vereinigen, die Forderung nicht bestehen bleiben könne, dass daher insoweit eine Hypothek ohne Forderung gegeben und dass die akzessorische Natur dieser Hypothek allerdings zu verneinen sei.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch erst hat mit dem Prinzip der Akzessorität der Hypothek gebrochen. Es hat den Ausnahmefall des Preussischen Rechtes, dass bei Zahlung des Eigentümers oder Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in einer Person die Hypothek nicht mit der Forderung erlosch, sondern als Eigentümerhypothek an den Eigentümer fiel, zur Regel erhoben, es hat, so sehr zunächst auch der § 1113 in Verbindung mit § 1192 dem zu widersprechen scheinen, die Hypothek verselbständigt und die dingliche Belastung von der Konkretisierung durch eine individuelle, persönliche Schuld in dem Sinne befreit, dass der Nichtbestand der letzteren oder ihr Erlöschen jene unberührt lässt, und dass ferner ein Wechsel der Forderung unbeschadet der Hypothek zulässig ist. Die Abhängigkeit ist zur Voraussetzung abgeblasst.[2])

Die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek erfolgt nach § 1113 B. G. B. in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Zur Entstehung einer Hypothek ist also wie nach § 873 B. G. B. zur Entstehung einer jeden Grundstücksbelastung — abgesehen von der Eigentümergrundschuld — zunächst Einigung und Eintragung erforderlich. Hinzukommen muss, da die Belastung zu Befriedigungszwecken erfolgen soll,

[1]) Predari, S. 212.
[2]) „ „ 214.

dass der Besteller auf eine Forderung des künftigen Hypothekengläubigers hinweist und der Grundbuchbeamte auch diese einträgt.[1]) Die Bezugnahme auf ein solches persönliches Forderungsrecht ist unbedingt erforderlich, in Ermangelung einer zu sichernden Forderung kann die Hypothek nicht eingetragen werden. Nicht erforderlich ist aber, dass die Forderung sich gegen den Eigentümer richte, noch auch, dass sie bereits bestehe. Die Hypothekenbestellung kann ebenso für eine bedingte oder befristete, wie für eine künftige oder auch nur künftig mögliche erfolgen. Desgleichen steht es den Beteiligten frei,[2]) sofort bei Schaffung der Hypothek die Haftung des Schuldners auf das Grundstück zu beschränken und zu bestimmen, dass mit der Eintragung und mit dem Erwerbe derselben durch den Gläubiger die persönliche Haftung des Schuldners erlöschen soll. Mag aber auch die Forderung noch nicht entstanden oder das bestehende persönliche Haftungsverhältnis in der geschilderten Weise durch Parteiabrede ausgeschlossen sein, eine Forderung in der Hand des Hypothekengläubigers bzw. die Anwartschaft auf eine solche bleibt, auch trotz der Beschränkung auf die dingliche Haftung, Voraussetzung des Erwerbes der Hypothek durch den ersten Gläubiger und Bedingung seines Hypothekenanspruchs.[3]) — Daraus folgt, dass keine Hypothek für eine von vornherein als nichtig[4]) erkennbare Forderung bestellt werden kann, und ferner, dass eine Eigentümerhypothek als solche nicht eintragbar ist, da es an dem Erfordernis der Einigung und der von der Einigung mit zu umfassenden persönlichen Forderungsberechtigung fehlt.

---

[1]) Böhm, S. 151, VII.
[2]) Böhm, S. 151.
[3]) Vgl. Hachenburg, Beitr. 35.
[4]) Heilfron, III S. 599.

Ist nun auch nach dem Gesagten das Vorhandensein einer Forderung neben rechtswirksamer Einigung und Eintragung Voraussetzung der Entstehung des hypothekarischen Gläubigerrechtes, so bedeutet doch diese Verbindung der Forderung mit der dinglichen Belastung des Grundstücks keineswegs, dass der Bestand der hypothekarischen Belastung als solchen von der Existenz der Forderung abhängt, die Forderung also ein wesentliches Element für die Existenz der Hypothek sei![1]) Das würde ja dem im § 889 B. G. B. aufgestellten Grundsatze, die Rangordnung zu Gunsten des Eigentümers aufrechtzuerhalten, zuwiderlaufen. Kann auch die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek nur zur Befriedigung wegen einer einem Dritten zustehenden Forderung erfolgen, so bedeutet doch jede Eintragung einer Hypothek in rechtsgültiger Form eine Belastung des Grundstücks, mag auch nachträglich die Forderung, um derentwillen die Eintragung erfolgte, sich als nicht zur Entstehung gelangt oder als erloschen herausstellen. Für die Tatsache der Belastung des Grundstückes ist dies ganz gleichgiltig. Das Grundstück ist rechtswirksam belastet, darum bleibt auch die Rangordnung gewahrt und dem Eigentümer der Anspruch auf die freigewordene Hypothekenstelle gesichert:[2]) die nachstehend dinglich Berechtigten rücken nicht auf.

Wenn also das Gesetz sagt, dass die Hypothek dem Gläubiger dient zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung, so ist damit nur zum Ausdruck gebracht, dass bei Nichtexistenz dieser Forderung der Gläubiger die ihm deshalb zugesagte Zahlung aus dem Grundstücke nicht verlangen kann und dass das nunmehr grundlos bestehende dingliche Recht dem Eigentümer zufällt, nicht aber, dass

---

[1]) Vgl. Matthiash 2, S. 144.
[2]) Staudinger 3, S. 793.

mit dem Erlöschen der Forderung auch die Grundstücksbelastung ihr Ende gefunden hätte![1])

Die Fälle der Eigentümerhypothek sind sehr mannigfache.[2]) Sie entsteht, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangte. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Forderung, Ausfall der aufschiebenden Bedingung, Anfechtung wegen Irrtums, Unwirksamkeit der Forderung, weil sie auf einem Wuchergeschäfte beruhte, haben die gleiche Wirkung. Oder die Forderung entstand rechtswirksam, aber erlosch dann wieder. Der Zahlung steht Aufrechnung, Vergleich, Hinterlegung, Erlass, Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins usw. gleich. Ebenso entsteht die Eigentümerhypothek, wenn der Gläubiger auf seine Hypothek verzichtet.

Der regelmässige Eintritt der Eigentümerhypothek in diesen und anderen Fällen bedeutet natürlich den Bruch mit dem Prinzip der Akzessorität der Hypothek. Streng akzessorischer Natur ist denn heute nur noch die Sicherungshypothek der §§ 1184 B. G. B. Hier ist die Forderung die rechtliche Grundlage der Hypothek,[3]) nur nach der Forderung bestimmt sich das Recht des Gläubigers, eine Berufung desselben auf die Eintragung im Grundbuche zum Beweise der Forderung findet nicht statt. Wegen eben dieser akzessorischen Natur der Sicherungshypothek muss sich der Gläubiger — auch wenn er gutgläubig ist[4]) — alle Einwendungen aus dem Schuldverhältnis und nach den Regeln der Forderungsabtretung (§§ 406-415) Einwendungen aus der Person des früheren Gläubigers gefallen lassen (§§ 1184-1185); insbesondere kann der Eigentümer der Hypothekenklage entgegenhalten, dass die Forderung an den früheren Gläubiger gezahlt sei, bevor der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erhalten habe.[5])

[1]) Böhm, S. 151.
[2]) Böhm, § 1163.
[3]) Staudinger 3, S. 634.
[4]) Planck 3, S. 509.
[5]) Planck 3, S. 509.

Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches hat also für die Sicherungshypothek nur in Ansehung des Bestehens des dinglichen Rechtes, insbesondere der Gültigkeit des dinglichen Vertrages Bedeutung.

Abgesehen von der Sicherungshypothek aber ist die Verbindung von Hypothek und Forderung eine sehr lose. Zwar bestimmt § 1153 B. G. B., dass die Hypothek nicht ohne Forderung, diese nicht ohne die Hypothek übertragen werden könne. Den hierin aufgestellten Satz können die Parteien aber einerseits umgehen,[1]) indem der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die so von ihm gemäss § 1177 B. G. B. als Grundschuld erworbene Hypothek an einen Dritten überträgt. Andrerseits gestattet § 1180, an Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere zu setzen. Dies dürfte die völlige Trennung[2]) von Hypothek und Forderung bedeuten!

Hierfür spricht m. E. auch ganz besonders noch die Erstreckung[3]) des Publizitätsprinzips in § 1138 auf die persönliche Forderung und die Einreden des § 1137 B. G. B. Wie der Wortlaut dieser Vorschrift besagt, kommt sie nur für den Hypothekenanspruch, nicht für Geltendmachung der persönlichen Forderung in Betracht. Wenn nun der gutgläubige Erwerber die Hypothek aus der Hand des Vordermannes so erhält, als ob dieser zur Verfügung über die in Wirklichkeit ihm nicht zustehende Forderung berechtigt wäre oder als ob die inzwischen untergegangene noch bestände, so ist durch diese Vorschrift die Möglichkeit einer vollständigen Trennung der persönlichen Forderung und des dinglichen Anspruchs durchgeführt und, auch abgesehen von der Eigentümerhypothek, die akzessorische Natur der

---

[1]) Matthiash 2, S. 150.
[2]) Matthiash, a. a. O.
[3]) Staudinger 3, § 1113 I, 2a. S. 635.

Hypothek völlig aufgehoben. Nur noch in der Hand des des ersten Gläubigers[1]) ist der aus der Hypothek hergeleitete dingliche Anspruch von der unterliegenden persönlichen Forderung unbeschränkt abhängig gemacht.

Das Verhältnis zwischen Hypothek und Forderung lässt sich hiernach dahin bestimmen: der Forderung kommt in ihrem Verhältnis zur Hypothek nur noch die Bedeutung einer Legitimation des ersten Hypothekengläubigers zum Erwerbe und der nachfolgenden zur Geltendmachung derselben zu. Zur Ausübung der hypothekarischen Rechte ist nur derjenige berechtigt, in dessen Hand sich die mit der Hypothek verbundene Forderung befindet.[2]) Ist die Forderung nach dem über die Eigentümerhypothek Gesagten auch nicht Voraussetzung der Belastung des Grundstücks, denn diese erfolgt unabhängig von der Existenz einer Forderung, so ist sie doch für den Gläubiger Voraussetzung seines Hypothekenanspruches.[3]) Hypothekengläubiger kann also nur werden, wer persönlich zu fordern berechtigt ist, hypothekarische Ansprüche gegen den Grundstückseigentümer nur erheben, wer sich durch ein persönliches Forderungsrecht zu legitimieren vermag. Notwendigerweise ist das Vorhandensein eines obligatorischen Rechtes Voraussetzung der Entstehung und des Erwerbes eines hypothekarischen Gläubigerrechtes und die regelmässige Voraussetzung für die Fortdauer dieser Berechtigung: ohne Forderung keine Entstehung der Gläubigerhypothek, nach Verlust der Forderung keine Ausübung hypothekarischer Rechte mehr gegen den Eigentümer!

Eine erhebliche Einschränkung erleidet aber der Satz, dass der Gläubiger die Hypothek nur nach Massgabe der Forderung geltend machen könne, durch den § 1138 B. G. B.[4])

[1]) Böhm zu § 1138, S. 194.
[2]) Neumann, Handbuch S. 820.
[3]) Hachenburg, Beitr. 34.
[4]) Predari, S. 219, u.

Danach gelten die Vorschriften der §§ 891—899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden. Es wird für die Hypothek vermutet und dem redlichen Dritterwerber gegenüber fingiert, dass dem Gläubiger die Forderung so zusteht, wie sie das Grundbuch ausweist!

In gewissem Sinn ist nach dem Gesagten also auch heute noch die Hypothek ein Akzessorium der Forderung und mit dieser „verbunden". Insofern nämlich, als die Forderung notwendig ist, um den Gläubiger hinsichtlich seiner Rechte aus der Hypothek zu legitimieren, es sei denn, dass dem Gläubiger die Fiktion des § 1138 B. G. B. zur Seite steht. Aber auch nur zur Legitimation des Gläubigers ist die Verbindung zwischen Hypothek und Forderung Voraussetzung, Begriffselement der Hypothek als dinglichen Belastung des Grundstücks ist sie nicht.[1])

Darin, dass sich das Recht des Hypothekengläubigers nach seinem persönlichen Forderungsrecht bestimmt, aber auch nur darin, liegt heute der Unterschied in der rechtlichen Natur der Hypothek und Grundschuld.

Auch die Grundschuld gibt demjenigen, zu dessen Gunsten die Grundstücksbelastung erfolgt, das Recht, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke sich zahlen zu lassen. Aber sie bezeichnet einfach den Berechtigten, ohne seine Berechtigung durch Angabe eines Forderungsrechts zu motivieren, und darum ist für den Erwerb der Grundschuld durch den Gläubiger auch die Existenz eines persönlichen Forderungsrechtes desselben nicht Voraussetzung. Die Grundschuld entsteht für den Gläubiger rechtswirksam, wenn die Parteien sich über die Bestellung einer solchen einig sind und zu dieser Einigung eine rechtswirksame Eintragung hinzutritt.

[1]) Staudinger 3, S. 765, § 1153.

Natürlich vollzieht sich die Bestellung einer Grundschuld logischerweise wie jedes rechtliche Handeln nicht ohne Grund, ohne wirtschaftliche Causa, d. h. also ohne eine Leistungspflicht, ein Leistensollen des Eigentümers, dem er durch Begründung einer dinglichen Berechtigung für den Gläubiger nachkommt, oder dessen Erfüllung er ihm dadurch sichert. Das Gesetz der Kausalität gilt hier wie in der ganzen organischen Welt[1]). Die Grundschuld hat darum eine Forderung zur Grundlage wie jedes abstrakte Schuldversprechen, jeder Wechsel sie auch hat. Aber im Gegensatz zu kausalen Rechtsinstituten bleibt bei diesen eben der Schuldgrund unbeachtet, wird verschwiegen und unterdrückt.

Ist hiernach auch die Grundschuld prinzipiell abstrahiert von einer Forderung, ist auch das Vorhandensein eines persönlichen Haftungsverhältnisses für Entstehung und Bestand derselben nicht relevant, so schliesst diese Abstraktion es doch nicht aus, die Grundschuld zu einer persönlichen Forderung in wirtschaftliche Zweckbeziehung zu setzen. So wird die Grundschuld nicht selten mit Beziehung auf eine persönliche Verbindlichkeit des Eigentümers, ohne dass deren Aufhebung beabsichtigt wäre, bestellt werden, zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienen; auch kann sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichten, die Grundschuldsumme zu bezahlen, falls sie aus dem Grundstücke nicht beizutreiben wäre[2]). Auf das Bestehen eines solchen persönlichen Haftungsverhältnisses neben dem dinglichen Gläubigerrecht nimmt z. B. § 53 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Bezug. Ist unter den Parteien ein solches persönliches Haftungsverhältnis vereinbart, so gilt für die ge-

[1]) Hachenburg, Beitr. S. 32.
[2]) Henle, Zw. G. § 53, S. 83 f.

mäss § 52 Zw. V. G. bestehen bleibende Grundschuld das gleiche wie für die Hypothek, bei der der Schuldner zugleich persönlich haftet: Der Ersteher übernimmt die Schuld in Höhe der Grundschuld. Nur insofern, als der Grundschuld an sich solche persönlichen Verpflichtungen fremd sind, ist für diese eine Sonderbestimmung dahin getroffen, dass der Schuldner zu einer besonderen Anmeldung der gegen ihn bestehenden Forderung verpflichtet ist.

Trotz der möglichen Verbindung von Grundschuld und Forderung zu Befriedigungs- oder Sicherungszwecken behält die Grundschuld ihren rein abstrakten Charakter. Schon äusserlich kommt dies Prinzip zum Ausdruck, indem die Forderung, um derentwillen die Bestellung der Grundschuld erfolgte, ins Grundbuch keine Aufnahme findet und auch im Grundschuldbriefe nicht vermerkt werden darf. Eben nur „als Motiv“ [1]), nicht als Erfordernis der Begründung kommt eine Parteiabrede, dass die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen soll, in Betracht. Die Grundschuld selbst erfährt keine Aenderung in ihrem Bestand [2]), wenn auch die Forderung nichtig oder erloschen ist, oder die Geltendmachung durch Einrede dauernd ausgeschlossen ist. Aber auch auf das dingliche Gläubigerrecht hat im Gegensatz zur Hypothek der Bestand dieser Forderung keinen Einfluss: „Das Recht des Grundschuldgläubigers wird, auch wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt war, in keiner Weise dadurch berührt, dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt“. Veränderungen der neben der Grundschuld bestehenden persönlichen Forderung wirken nicht auf die Grundschuld, Veränderungen der Grundschuld wirken nicht auf die persönliche Forderung [3]).

[1]) Turnau-Förster, S. 1054.
[2]) R. G. E. 60, 215. R. G. E. 63, 185. Jur. Woch. 1901, 465 n. 17.
[3]) Dernburg, S. 681.

Es liegt sehr nahe, dass dadurch, dass die Grundschuld als abstrakte Belastung durch das Erlöschen der Forderung formellrechtlich unberührt bleibt, sich leicht unter Berücksichtigung des konkretisierten Schuldgrundes die Bestellung der Grundschuld als materiell ungerechtfertigt sich herausstellen wird. Dies materielle Unrecht betrifft aber nur das persönliche Verhältnis zweier bestimmter Beteiligten und ist unter ihnen allein auszugleichen. Insofern ist, wie später zu zeigen sein wird, auch für die „selbständige" Grundschuld die Existenz der persönlichen Forderung nicht ganz ohne Einfluss: auch das Recht des Grundschuldgläubigers ist der Reaktion[1]) des materiellen Rechtes ausgesetzt, indem der bei Fortfall der Forderung und Fortbestehen der Grundschuld ohne ernstlichen Grund benachteiligte Gläubiger berechtigt ist, durch Geltendmachung des persönlichen Anspruchs auf Rückgewähr gegen den Grundschuldgläubiger nach den Regeln der §§ 812 ff. B. G. B. die Rückübertragung oder Verzicht des Gläubigers auf die Grundschuld zu erzielen.

Das verschiedenartige Verhältnis von Hypothek und Grundschuld zu einer Forderung wird die Grundlage abgeben für die nunmehr anzustellende Untersuchung, welche von den Hypothekenvorschriften auch auf die Grundschuld Anwendung finden können. Aus der Voraussetzung eines persönlichen Forderungsrechtes für das Hypotheken-Gläubigerrecht ergibt sich, dass alle Vorschriften unanwendbar sind, soweit sie die Forderung als Legitimation zur Hypothek verlangen, soweit die Forderung überhaupt Tatbestandsmoment[2]) für die Anwendung der Vorschrift ist. Soweit eine Hypothekenregel zwar auch auf das Vorhandensein einer Forderung Bezug nimmt, ohne aber hierauf abgestellt zu sein, wird ihrer Anwendung auf die Grundschuld nichts im Wege stehen.

[1]) Hachenburg, Beitr. S. 36.
[2]) Hachenburg, Vortr. S. 540.

In zweifelhaften Fällen wird die Untersuchung dadurch wesentlich erleichtert, dass, wie schon eingangs erwähnt, die Redaktionskommission neben dem Entwurf des achten Abschnitts des Sachenrechtes unter Voranstellung der Hypothek einen solchen unter Voranstellung der Grundschuld geschaffen hat, sodass hieraus die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen ist, welche Vorschriften für Hypothek und Grundschuld gemeinsam Geltung haben und welche Abweichungen für die Grundschuld normiert werden sollten.

II. 2.

Das Hypotheken- und Grundschuldrecht (§§ 1113-1198) ist eingegliedert[1]) in das allgemeine Gesetzbuch. Infolgedessen ist eine Reihe wichtiger Bestimmungen bereits in anderen Teilen des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten. Hauptsächlich aber ist das Hypotheken- und Grundschuldrecht durch das neue Grundbuchsystem beeinflusst. Hierdurch ist nämlich die Hypothek wie Grundschuld nur mehr eine Art der verschiedenen Grundstücksrechte (wie Dienstbarkeiten, Reallasten) geworden, welche alle gemeinschaftlich ihre rechtliche Existenz aus dem Grundbuche schöpfen. Daher finden sich die leitenden Grundprinzipien und Fundamentalsätze des Hypotheken- und Grundschuldrechts nicht in den §§ 1113 ff., sondern bereits in den allgemeinen Vorschriften über Grundstücke §§ 873—902 B. G. B.[2])

Diese allgemeinen Vorschriften haben Hypothek und Grundschuld also zunächst schon gemeinsam. Was sodann die Sondervorschriften der §§ 1113—1190 B. G. B. für die

[1]) Staudinger 3, S. 622. Vbm.
[2]) Staudinger a. a. O.

Hypothek anlangt, so ist zunächst zu fragen, inwieweit die Entstehung der Grundschuld sich nach den gleichen Normen vollzieht wie die Entstehung der Hypothek.

Die hierfür massgebenden Vorschriften enthalten die §§ 1113—1117, 1163 und 1172 B. G. B.

Die entsprechende Anwendung der zuerst genannten §§ 1113—1117 wird unbedenklich zuzulassen sein. Es ist in diesen Vorschriften die Entstehung der Hypothek nicht sowohl auf die Voraussetzung einer Forderung des Gläubigers abgestellt, als vielmehr hierin Normen aufgestellt werden, in denen eine persönliche Forderung nicht Tatbestandsmoment ist.

§ 1113 enthält die Definition der Hypothek. Dieser entspricht die Definition der Grundschuld im § 1191, lediglich mit dem Unterschiede, dass die Definition der Grundschuld die Angabe nicht enthält, dass die Grundstücksbelastung zur Befriedigung wegen einer dem Gläubiger zustehenden Forderung erfolge.

Hypothek und Grundschuld repräsentieren beide das Recht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme, nicht auf wahlweise Leistung [1]) von Geld oder anderen Gegenständen. Während die Bestellung einer Hypothek nur möglich ist für eine Kapitalsumme, kann nach § 1199 B. G. B. eine Grundschuld auch in der Weise bestellt werden, dass in regelmässig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld).

Nach § 1113 Abs. 2 genügt zur Bestellung einer Hypothek auch die Bezugnahme auf eine künftige oder eine bedingte Forderung. Diese Vorschrift kann an sich unter Berücksichtigung der abstrakten Natur der Grundschuld für diese nicht in Anwendung kommen. Eine Parteiverein-

[1]) K. G. J. 25 A 150.

barung aber dahin, dass die Grundschuld zu einer künftigen oder bedingten Forderung in Zweckbeziehung gesetzt wird, ist natürlich ebenso zuzulassen wie sie für das Grundschuldrecht bedeutungslos ist. Dass trotzdem hieraus möglicherweise eine Nachweispflicht für den Gläubiger bezüglich seines Rechtes entspringen kann, wird bei Besprechung des § 1157 zu erörtern sein.

Der § 1114 bezieht sich nur auf Grundstücksbruchteile,[1]) nicht auf volle Grundstücksanteile. Ist auch mit Brand[2]) (Grundbuchsachen S. 183) die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld auf die ideelle Hälfte eines Grundstücks zuzulassen, wobei natürlich im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen ist, dass nur die ideelle Hälfte verhaftet sei, so ist andererseits die Belastung des Anteils eines Gesellschafters an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücke unzulässig,[3]) weil bei den Gesellschaften — wie auch bei den übrigen Gemeinschaften zur gesamten Hand — ein Miteigentum nach Bruchteilen (ideellen Grundstücksteilen) nicht besteht.

Bei der Eintragung der Grundschuld müssen dieselben Angaben gemacht werden, wie § 1115 dies für die Hypothek vorschreibt mit der Massgabe, dass an Stelle des Geldbetrages der Forderung die Grundschuldsumme und bei deren eventueller Verzinslichkeit der Zinssatz angegeben wird.

Etwa vereinbarte Amortisationsquoten sind nicht Nebenleistungen, sondern Teile der Hauptleistung.[4])

Streitig[5]) ist die — nach Landesrecht zu entscheidende —

---

[1]) O. L. G. 4, 314.
[2]) Brand, Grundbuchsachen 185.
[3]) Neumann, J. 1, S. 661 § 1114.
[4]) R. G. 54, 88.
[5]) Dafür: R. 09, Ziff. 3371 und Fuchs, Grundbuchrecht I 395. A. A. K. G. J. 26 A 135.

Frage, ob die Eintragung einer Grundschuld oder Hypothek unter der Firma eines Einzelkaufmanns erfolgen kann, Die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, dass aus der Eintragung die Person des Gläubigers sich mit Sicherheit bestimmen lasse. Man wird demnach m. E. die Frage mit dem Kammergericht verneinen müssen, da die Eintragungen auf den Namen der Firma eines Einzelkaufmanns bewirken würden, dass sie sich auf eine unberechenbare Reihe künftiger Erwerber der Firma bezögen.[1]) — Die Eintragung einer Konkursmasse[2]) als Hypotheken- oder Grundschuldgläubigerin ist unzulässig. Einzutragen ist vielmehr der Gemeinschuldner mit dem Zusatze, dass über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Dagegen kann für eine Nachlassmasse, für die Nachkommenschaft[3]) und für die unbekannten Erben eines Nachlasses eine Hypothek oder Grundschuld eingetragen werden.

Die Vereinbarung, dass alle Zahlungen in Goldmünzen zu geschehen haben, ist von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen, wenn sie in dem Sinne gemeint ist, dass sie die Wirkungen einer den Goldwert der Rechnungseinheit betreffenden Aenderung der Reichswährung ausschliessen soll. Dagegen ist die Eintragung einer Vereinbarung des Inhalts zulässig, dass die Zahlungen unter Ausschluss anderer Zahlungsmittel, z. B. Reichssilber- und Scheidemünzen, von Reichskassenscheinen u. dergl., in Goldmünzen zu geschehen haben.[4])

Zur Anwendung der §§ 1116, 1117 B. G.-B. bedarf es nur der Aenderung von Hypothek in Grundschuld. Zu § 1117 ist zu bemerken: Eine blosse Einigung der Beteilig-

---

[1]) K. G. J. a. a. O.
[2]) } Neumann 1$_1$, S. 663 c, d.
[3]) }
[4]) Bay. O. L. G. 10, 90

ten über die Briefübergabe hat keine rechtsverändernde Wirkung, kann diese vielmehr nur dann erlangen, wenn der Brief in den Besitz des Grundbuchamtes gelangt in der Weise, dass dieses nunmehr den unmittelbaren Besitz für den Zessionar als den mittelbaren Besitzer ausübt. Nur bei dieser Auslegung kann das Gesetz seinen Zweck erfüllen, zu verhüten, dass aus dem Verbleibe des Briefes in den Händen des Zedenten Schwierigkeiten entstehen, da dieser durch den Besitz des Briefes in Verbindung mit dem Inhalte des Grundbuches zu anderweiter Verfügung über die Hypothek bezw. Grundschuld legitimiert bleibt, und dadurch die Sicherheit, welche der Verkehr für den Immobiliarverkehr fordert, wesentlich gefährdet wird.[1])

Zur Entstehung einer Gläubigerhypothek ist, wie bereits Eingangs erwähnt, ausser rechtsgültiger Einigung und Eintragung erforderlich, dass auf eine dem Gläubiger zustehende Forderung, deren Befriedigung die Hypothek dienen soll, Bezug genommen wird. Eine Prüfung dieser Forderung auf ihre Gültigkeit liegt dem Grundbuchbeamten nicht ob, noch ist er dazu berechtigt. Er hat die Eintragung zu bewirken, wenn nur die Forderung nicht von vornherein als nichtig erkennbar ist. — Bei Nichtexistenz oder Erlöschen der so eingetragenen Forderung könnte naturgemäss, da sodann der Befriedigungszweck — ein gesetzliches Erfordernis der Hypothek — entfiele, leicht materielles Unrecht entstehen. Zu dessen Verhütung hat der Gesetzgeber im § 1163 Abs. 1 bestimmt: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek."

Die Grundschuld andererseits setzt zu ihrer Entstehung

---

[1]) O. L. G. 18, 175.

eine persönliche Forderungsberechtigung des Gläubigers nicht voraus; wohl aber kann eine solche Verbindlichkeit neben dem dinglichen Rechte bestehen. Da ist denn die Frage von grosser Bedeutung, ob die Bestimmung des § 1163 für die Grundschuld gleichfalls Geltung haben soll.

Die Ansichten hierüber sind sehr geteilt. Bezüglich der Litteratur benenne ich als Gegner der Anwendbarkeit: Biermann § 1163 S. 372; Planck 3, § 1163b. S. 640; 3, S. 509 2a; Turnau-Förster § $1192_5$ S. 1069; Staudinger 3, § $1192_5$ S. 914; Neumann Handbuch zu § 1163 B. S. 885, R. G. 60, 251 u. a.

Für die Anwendbarkeit sind: Oberneck, R. G. R. 2, § 163 d. S. 469; Hachenburg D. Jur.-Z. 1906, S. 297 ff.; Kindel in Festschrift für Koch S. 108, 109; Eccius in Gruchot 51, S. 162 ff.; Güthe in D. Jur.-Z. 1908, S. 930 u. a.

Es mag zunächst Satz 1 des § 1163 Abs. 1 einer entsprechenden Prüfung unterzogen werden.

Ausgehend von dem eingangs aufgestellten Leitsatz, dass die Hypothek eine von der Existenz einer Forderung in dem gleichen Masse wie die Grundschuld unabhängige Grundstücksbelastung ist, dass der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld aber darin liegt, dass diese Grundstücksbelastung zum dinglichen Recht des Gläubigers erst wird und in seiner Hand es nur bleibt, sobald und solange ihm eine ihn legitimierende Forderung zusteht oder die Fiktion des § 1138 ihn schützt, glaube ich zur Verneinung der Anwendbarkeit des Satz 1 des § 1163 Abs. 1 kommen zu müssen.

Wenn dieser Satz 1 bestimmt, dass die Hypothek dem Eigentümer zustehen soll, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so bedeutet diese Vorschrift die konsequente Durchführung des im § 1113 aufgestellten Grundsatzes, dass die Hypo-

thek zur Befriedigung wegen einer dem Gläubiger zustehenden Forderung bestellt wird. Gerade bei dieser Norm kennzeichnet sich die Forderung so recht als Legitimation des Gläubigers. Als persönlicher Gläubiger soll er das dingliche Recht erhalten und umgekehrt soll er dasselbe wieder verlieren, sobald mit dem Nichtentstehen der Forderung das Motiv für die Bestellung und ein gesetzliches Erfordernis des dinglichen Gläubigerrechtes entfällt. Der Eigentümer hat bei Nichtentstehen der Forderung keine Veranlassung mehr, einem Dritten ein Recht an seinem Grundstücke zuzugestehen. Es fällt das eingeräumte Recht an den Eigentümer zurück.

Anders das Grundschuldrecht. In dem Verhältnis zu einer Forderung sollte ja der einzige Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld liegen, dass nämlich die Grundschuld der Stütze des Obligationsrechtes nicht bedarf und dementsprechend von dem Bestehen einer solchen — entbehrlichen — obligatorischen Verpflichtung auch unbeeinflusst bleibt! Selbst wenn eine Forderung neben der Grundschuld vorhanden ist, so kommt dieser doch die legitimirende Kraft und Bedeutung der mit der Hypothek verbundenen Forderung nicht zu. Der Gläubiger soll hinsichtlich seines dinglichen Rechtes nicht an die Voraussetzung einer persönlichen Forderungsbefugnis gebunden und damit dem Einfluss einer eventuellen Veränderung oder Nichtexistenz dieser Verbindlichkeit entzogen sein!

Die Vorschrift des § 1192 B. G. B., die die Anwendbarkeit der Hypothekennormen nur insoweit ausschliessen will, als die Nichtvoraussetzung einer Forderung für die Grundschuld etwas anderes ergibt, ist dahin zu verstehen: Das Vorhandensein einer persönlichen Forderung ist für den Bestand des Gläubigerrechtes aus der Grundschuld im Gegensatz zu dem aus der Hypothek ganz gleichgültig. Es ist

nicht nur zuzugeben, dass eine Grundschuld für den Gläubiger gültig geschaffen werden kann, ohne dass dieser einen persönlichen Anspruch gegen den Besteller oder einen Dritten in Händen zu haben braucht, sondern auch, dass sie für den Gläubiger gültig zur Entstehung gelangt und bestehen bleibt, wenn der persönliche Anspruch, der für die Bestellung Motiv war, nachträglich nicht zur Entstehung gelangt. Die Grundschuld ist abstrakt und darum dem Einflusse einer solchen causa, wie z. B. die Abrede, dass die Grundschuld zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienen sollte, auf das Gläubigerrecht entzogen. Zur Belastung eines Grundstücks mit einer Grundschuld ist nach §§ 1191, 873 B. G. B. Einigung und Eintragung erforderlich und ausreichend.[1]) Eine Grundschuld ist also, und zwar eine Grundschuld des Gläubigers, in dem Augenblick zur Entstehung gelangt, in dem zu einer rechtswirksamen Einigung eine alle wesentlichen Bestandteile enthaltende Eintragung oder zu dieser jene hinzutritt. Der Sicherungs- oder Befriedigungszweck gehört nicht zum Tatbestande der Einigung.

Eine Forderung ist also nicht wie bei der Hypothek gesetzliches Erfordernis der Bestellung einer Grundschuld zu Gunsten eines Gläubigers. Besteht trotzdem ein persönlicher Anspruch, so kommt dieser nur im ganz persönlichen Verhältnis zwischen den Beteiligten in Betracht. Ein Nichtentstehen der zu sichernden Forderung ruft daher auch nur im Innenverhältnis zwischen diesen Beteiligten ein materielles Unrecht hervor. Für einen solchen Fall gesetzliche Vorkehrungen zu treffen, lag aber keine Veranlassung vor. Bei Besprechung des § 1157 B. G. B. wird darauf hinzuweisen sein, dass dem Eigentümer des mit der Grundschuld

[1]) Güthe in D. Jur.-Z. 1908 S. 931.

belasteten Grundstücks ein persönlicher Anspruch auf Rückgewähr gegen den Grundschuldgläubiger bei Nichtentstehen der Forderung zusteht, während der Hypothekengläubiger kraft Gesetzes (§ 1163 B. G. B.) im gleichen Falle sein Recht an den Eigentümer verliert.

Eine eigenartige Stellung hat das Reichsgericht zur Frage nach der Anwendbarkeit des § 1163 auf die Grundschuld eingenommen. Es hat entschieden,[1]) dass, wenn auch die Parteien die Grundschuld mit einer persönlichen Forderung in Verbindung gebracht haben, keine Eigentümergrundschuld in derjenigen Höhe entstehe, in der die Grundschuld nicht mit Valuta belegt ist. Die Erklärung des Grundschuldgläubigers, dass er Valuta nicht in voller Höhe gezahlt habe und daher die Grundschuld nur in Höhe der wirklich gezahlten Valuta gegen den Versteigerungserlös liquidiere, berechtige daher den Eigentümer des Grundstücks, der der Besteller der Grundschuld war, nicht, den vom Gläubiger nicht liquidierten Betrag für sich zu liquidieren. In Höhe des nicht liquidierten Betrages wird vielmehr der Versteigerungserlös für die übrigen an ihm berechtigten Gläubiger frei, weil die Grundschuld insoweit ins Leere falle!

Den hierdurch ausgesprochenen Grundsatz werden m. E. einmütig zu bekämpfen haben sowohl diejenigen, die sich für, als auch die sich gegen Anwendung des § 1163 aussprechen. Denn darüber besteht doch wohl kein Zweifel, dass das dingliche Grundschuldrecht als Belastung entsteht ohne Voraussetzung des Bestehens einer Forderung des Gläubigers gegenüber dem bestellenden Eigentümer. Streitig ist nur, wem das dingliche Recht im Falle der Nichtentstehung der Forderung zustehen soll, dem Gläubiger oder

---

[1]) R. G. E. 60, S. 251.

dem Eigentümer, ob die Grundschuld analog der Hypothek von selbst auf den Eigentümer übergehen soll oder ob sie dem Eigentümer noch nicht zusteht, solange der Gläubiger auf die Grundschuld nicht verzichtet oder sie zurückübertragen hat. Dass aber die Grundschuld „ins Leere fallen soll", das dingliche Recht, die Belastung als solche, von der Zahlung der Valuta abhängig in ihrem Bestande sein soll, ist m. E. ein mit der juristischen Natur der Grundschuld nicht vereinbarer Schluss, der auch überall [1]) lebhaftesten Widerspruch hervorgerufen hat. Die Entscheidung des Reichsgerichts steht in schroffem Gegensatze zu dem Grundsatze des Bürgerlichen Rechtes, das Rangrecht im Falle des Wegfalles des Gläubigerrechtes [2]) zugunsten des Eigentümers stets aufrecht zu erhalten. Dieser Grundsatz des Bürgerlichen Rechtes ist ein allgemeiner und nicht für die Hypothek wegen ihres Verhältnisses zu einer Forderung besonders getroffen, sodass dieser allgemeine sachenrechtliche Satz auch für die Grundschuld Geltung haben muss.[3]) Denn in dem Umstand, dass die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt, liegt doch kein Grund, eine Ausnahme gerade für das Grundschuldrecht herzuleiten. Wie der Grundsatz im einzelnen durchgeführt wird, ob das Recht im Falle des Wegfalles des persönlichen Gläubigerrechtes von allein auf den Eigentümer übergeht oder ob dieser durch Kondiktion Rückfall des dinglichen Rechtes erzielt, ist hierbei ohne Bedeutung.

Von denselben Gesichtspunkten wie zu Satz 1 des § 1163 Abs. 1 ausgehend, wird man auch § 1163 Abs. 1

---

[1]) So: Staudinger 3, § 1192 5a S. 915. Oberneck 2, § 163 S. 470. Neumann in Jur. Woch. 1906, S. 153. Nissen in Jur. Woch. 1906, S. 803 ff. Güthe in D. Jur.-Z. 1908, S. 930.

[2]) Staudinger 3, S. 915.

[3]) Staudinger 3, S. 915.
Oberneck R. G. R. 2, S. 470.

Satz 2 als nicht anwendbar bezeichnen müssen. Der Geltung dieser Norm steht gleichfalls die abstrakte Natur der Grundschuld entgegen. Selbst bei Erlöschen der durch die Grundschuld gesicherten Forderung durch Erfüllung derselben geht die Grundschuld nicht kraft Gesetzes auf den Eigentümer über; der Eigentümer, der zugleich Schuldner ist, wird vielmehr, nachdem er seiner persönlichen Verpflichtung ledig geworden ist, sei dies nun durch Erfüllung oder durch sonstiges Erlöschen der Forderung geschehen, den ihm zustehenden Anspruch auf Rückgewähr geltend machen müssen, um so die dingliche Entlastung seines Grundstücks herbeizuführen bezw. den in der Grundschuld ausgeschiedenen Wertteil seinem Vermögen als Eigentümergrundschuld wieder zuzuführen. Verwirklicht wird dieser Anspruch durch den Verzicht seitens des Gläubigers auf die Grundschuld (§ 1169 B. G. B.) oder Rückübertragung derselben.

Kommt man so aber auch dazu, die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld abzulehnen, weil diese Vorschrift auf der Voraussetzung einer Forderung basiert, so lässt sich gleichwohl aus dem Satze 2 in Verbindung mit § 1143 B. G. B. herleiten, dass der Eigentümer, der den Gläubiger wegen seines Grundschuldrechtes befriedigt, für diese seine Leistung dinglich geschützt werden soll durch Uebergang der Grundschuld auf ihn unter Ausschluss des Aufrückens der gleich- und nachberechtigten Gläubiger.[1]) Dass es die Absicht des Gesetzgebers war, im Falle der Befriedigung des Grundschuldgläubigers durch den Eigentümer letzterem die Grundschuld zufallen zu lassen, erhellt auch aus dem entsprechenden Paragraphen des Grundschuldentwurfes der Redaktionskommission (§ 1139 b).

---

[1]) Vgl. K. G. E. in Joh. Jhb. 35 A 329 ff.

Zu dieser Folgerung muss man m. E. nach dem schon oben erwähnten Grundsatze des B. G. B. kommen, die Rangordnung bei Fortfall eines Gläubigerrechtes zu Gunsten des Eigentümers aufrecht zu erhalten.

§ 1163, Satz 2 ist demnach anwendbar mit der Massgabe, dass, soweit der Eigentümer durch Tilgung der Grundschuld selbst den Gläubiger befriedigt, die Grundschuld auf ihn übergeht, unbeschadet der Vorschrift des § 1173 B. G. B.

Die Entstehung der Eigentümerhypothek[1]) oder Eigentümergrundschuld, die kraft Gesetzes mit jeder Teilzahlung auf die Kapitalforderung in Höhe der geleisteten Zahlung eintritt, kann durch keine abweichende Vereinbarung verhindert werden. Daran festzuhalten, ist aus dem Grunde wichtig, weil es streitig sein kann, welchen Eigentümer das Gesetz meint,[2]) wenn es vom Uebergang der Hypothek auf diesen spricht. Man wird diese Frage hinsichtlich der beiden Sätze des § 1163 Abs. 1 verschieden beantworten müssen: Die Eigentümerhypothek steht, falls die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist,[3]) demjenigen zu, der zur Zeit der Eintragung Eigentümer des Grundstücks war. Dagegen fällt beim Erlöschen der Forderung die Hypothek und in entsprechender Anwendung bei Tilgung der Grundschuld diese an denjenigen Eigentümer, der es war, als die Forderung erlosch bzw. Tilgung stattfand.

§ 1163 Abs. 2 gilt entsprechend auch für Grundschulden.

Es sei hier noch eine kurze Bemerkung zum Abs. 1 des § 1163 angeknüpft. Von Bedeutung ist nämlich die Frage, ob eine Eigentümerhypothek, die ihrem Wesen nach

---

[1]) R. 09 Ziff. 78.
[2]) R. G. 55, 217 ff.
[3]) Vgl. O. L. G. Posen, Pos. Mschr. O 3, 110.

doch nichts anderes ist als eine Eigentümergrundschuld,[1]) auch in den Fällen entstehen soll, wenn die für den Gläubiger eingetragene Hypothek aus formalrechtlichen Mängeln unwirksam ist, wenn z. B. die erforderliche Einigung fehlt oder der dingliche Vertrag nichtig ist oder angefochten werden kann. In solchem Falle eine wirksame Hypothek des Eigentümers anzunehmen oder aber dem Eigentümer das Recht einzuräumen,[2]) an Stelle der unwirksamen Hypothek eine andere mit gleichem Rang eintragen zu lassen, wofern nicht die Unwirksamkeit aus dem Grundbuche hervorgeht, wurde in der 2. Lesung als eine Ueberspannung[3]) des Prinzips der Eigentümerhypothek abgelehnt. Und das mit Recht! Denn die Folge würde sein, dass selbst bei rein zufälliger, etwa auf einem Versehen des Grundbuchbeamten beruhender Hypothekeneintragung[4]) eine wirksame Eigentümerhypothek entstünde. Dem Eigentümer aber ein Recht einzuräumen, wo ein Gläubigerrecht nicht zum Fortfall gekommen ist, hiesse ja, eine Sukzession[5]) in ein nicht bestehendes Recht für zulässig erklären! Es liegt ja mit Rücksicht darauf, dass § 1196 B. G. B. zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein für genügend erklärt, nahe, anzunehmen, dass aus einer wegen mangelnder Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer nichtigen Hypothek eine Eigentümergrundschuld entstehe, sofern nur die Eintragungsbewilligung des Eigentümers an sich rechtswirksam wäre.[6]) Allein, wenn Wille und Erklärung des Eigentümers darauf gerichtet sind, für einen anderen eine

---

[1]) Staudinger 3, S. 800 § 1163 II. 2a.
[2]) Predari S. 225.
[3]) Prot. III., S. 603, 604.
[4]) Staudinger 3, § 1163, S. 795.
[5]) Predari S. 225.
[6]) R. G. 70, 353.

Hypothek zu bestellen, so kann eine Haftung des Grundstücks überhaupt nur dann rechtswirksam begründet werden, wenn die für die Entstehung eines hypothekarischen Rechts dieser Art vom Gesetze bestimmten Voraussetzungen gegeben sind, wenn also zu der Eintragungsbewilligung des Eigentümers die Einwilligung des anderen in die Bestellung der Hypothek für ihn hinzugetreten ist. Ferner kann der dem wahren Willen entsprechenden Erklärung des Eigentümers, ein hypothekarisches Recht dieser Art für einen anderen zu begründen, nicht eine dem wahren Willen zuwiderlaufende Erklärung, ein hypothekarisches Recht anderer Art für sich selbst an eigener Sache zu begründen, unterstellt werden.

Das Gleiche gilt auch für die Grundschuld. Ist sie unwirksam, weil es an der erforderlichen Einigung fehlt, oder weil diese mit Mängeln behaftet und deshalb nichtig oder anfechtbar ist, so kann sie nur gelöscht, nicht aber vom Eigentümer für sich geltend gemacht werden. Die Nachhypothekare rücken vermöge des ihnen zustehenden Berichtigungsanspruches auf.[1]) — Die gegenteilige Meinung würde dahin führen, dass selbst die nichtige Eigentümergrundschuld (man denke an den Fall, dass der Eigentümer zum Scheine eine Grundschuld für sich eintragen lässt) dem Angriffe der Nachhypothekare entzogen wäre![2])

Zwar lässt sich eine gewisse Inkonsequenz nicht leugnen, die darin liegt, dass die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gemäss § 1196 durch den Eigentümer selbst und allein zulässig ist, und dass die ihrem Wesen nach gleiche Eigentümerhypothek vom Eigentümer allein ohne rechtsgiltige Einigung mit dem Gläubiger nicht soll ge-

---

[1]) [2]) Predari S. 225.

schaffen werden können.[1]) Allein die Sachlage ist bei § 1196 eine wesentlich andere, da dort die ausdrückliche Erklärung des Eigentümers dem Grundbuchamte gegenüber verlangt wird, dass die Grundschuld für ihn (und nicht für einen anderen) eingetragen werden solle. Dieser Erklärung des Eigentümers bedarf es unbedingt, um eine ursprüngliche Eigentümergrundschuld ins Leben zu rufen. Bestellt der Eigentümer, wie schon gesagt, für einen anderen eine Hypothek, ohne dass die erforderliche dingliche Einigung zwischen ihm und dem zukünftigen Hypothekengläubiger stattgefunden hat, lediglich in der Absicht, sich einen Vermögenserwerb zu sichern, so steht die mangels der Einigung nichtige Hypothek nicht dem Eigentümer[2]) als Grundschuld zu: eine Eigentümergrundschuld wird in solchem Falle, wie ein dingliches Recht überhaupt, nicht begründet, und der Eigentümer ist nicht berechtigt, eine andere Hypothek an Stelle der nichtigen eintragen zu lassen. — Es wird im Falle des § 1196 von dem Erfordernis einer giltigen Einigung nur um deswillen abgesehen, weil eine solche der Natur nach wegen des Fehlens eines Vertragsgenossen schlechterdings unmöglich ist; andrerseits handelt es sich im Falle des § 1196 nur um eine besondere gesetzliche Ausnahme von dem allgemeinen Erfordernis einer giltigen Einigung, sodass aus ihm keineswegs ein allgemeines Prinzip hergeleitet werden kann. — § 1172 kommt zur Anwendung, soweit nach Gesagtem die Fälle des § 1163 auch bei der Grundschuld Berücksichtigung finden.

---

[1]) Vgl. Staudinger 3, § 1163 S. 795.
[2]) Vgl. E. 70, 353 ff. Vgl. hierzu Planck 3, S. 635 ff.

2 b.

Haftung und Inhalt der Rechte des Hypothekengläubigers regeln die §§ 1118—1141, 1146, 1148—1152, 1157, 1160—1162, 1170, 1171. Von diesen wiederum bestimmen die §§ 1118—1135, wie weit die Haftung des belasteten Grundstücks sich erstreckt und welche Gegenstände von der dinglichen Haftung mitumfasst werden. Was diese Vorschriften zunächst anlangt, so erscheint irgendwelche Einschränkung der im § 1192 angeordneten grundsätzlichen entsprechenden Anwendbarkeit auf die Grundschuld nicht geboten. Bedeutet doch in keiner dieser Vorschriften das Vorhandensein einer persönlichen Forderung eine Voraussetzung des dinglichen Gläubigerrechtes.

Auf Grund des §§ 1118 kann die Zahlung von höheren als den im § 246 auf 4 vom Hundert festgesetzten gesetzlichen bezw. den im § 288 auf den gleichen Betrag festgesetzten Verzugszinsen aus dem Grundstücke nicht beansprucht werden.[1]) Sofern sich nicht aus der Eintragung eine weitergehende Haftung des Grundstücks, als die durch § 1118 dem Gläubiger gewährte, ergibt, ist der Gläubiger darauf angewiesen, seine Befriedigung wegen der ihm vereinbarungsgemäss zukommenden höheren Zinsen, wie auch wegen eines ihm etwa durch den Verzug des Schuldners erwachsenen, die gesetzlichen Verzugszinsen des § 288 übersteigenden Schadens aus dem sonstigen Vermögen seines Schuldners zu suchen.

Die §§ 1120—1131 B. G. B., welche den Umfang der hypothekarischen Haftung betreffen, geben insofern keine erschöpfende[2]) Aufzählung der Haftungsgegenstände, als sie das Grundstück und seine ungetrennten Bestandteile gar

---

[1]) O. L. G. 14, 100.
[2]) Neumann, J. 1, S. 671 § 1120.

nicht erwähnen, deren Haftung allerdings schon aus der Begriffsbestimmung der Hypothek folgt. Hinsichtlich der einzelnen Haftungsgegenstände sei zu § 1120 bemerkt, dass die Hypothek bezw. Grundschuld sich nicht auf Zubehörstücke[1]) erstreckt, die schon vor der Begründung der Hypothek bezw. Grundschuld vom Grundstückseigentümer mit dinglicher Wirkung veräussert, aber gemäss § 930 B. G. B. auf dem Grundstücke geblieben sind. Dagegen haften die Erzeugnisse oder Bestandteile, die schon vor Begründung des dinglichen Rechtes getrennt, aber noch nicht entfernt worden waren.

Unter Veräusserung[2]) im Sinne des § 1121 ist nicht das obligatorische Rechtsgeschäft, sondern die Eigentumsübertragung einschliesslich der Besitzübergabe zu verstehen. Keine Veräusserung ist hiernach die blosse Belastung mit Niessbrauch, Faustpfand, Pfändungspfandrecht. — Die Beschlagnahme[3]) der Erzeugnisse und sonstiger Bestandteile kann nach der herrschenden Ansicht bewirkt werden entweder durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks, oder durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen oder durch eine einstweilige Verfügung oder im Wege des Arrestes.

Die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderung gemäss § 1123 beginnt nicht erst mit der Beschlagnahme des Grundstücks, sondern mit der Hypothekenbestellung oder der späteren Entstehung des Miet- oder Pachtverhältnisses.[4])

Das Wort „Rechte“[5]) im § 1131 kann sich nur auf Hypothekenrechte beziehen, denn andere Rechte werden von der Zuschreibung so wenig getroffen wie von der Vereinigung.

---

[1]) R. 07, 512, Ziff. 1039.
[2]) Matthiash § 56 II, 153 u. a.
[3]) Vgl. Biermann 317 A. 2.
[4]) Planck 479, A. 3.
[5]) Blessing, Württemb. Zeitschrift 05, 334.

Nach § 1132 Abs. 2 ist der Gläubiger berechtigt, den Betrag der Forderung bezw. Grundschuld auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, dass jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Hierbei bleibt aber zu berücksichtigen, dass die Gesamthypothek bezw. -Grundschuld nur eine einheitliche Belastung darstellt und nur einmal zur Hebung kommen darf. Es kann daher der Gläubiger nicht etwa sein dingliches Recht an dem einen Grundstück zurückbehalten und das an dem andern abtreten oder eine Zession des dinglichen Rechts an verschiedene Zessionare vornehmen.[1])

Auch die Anwendung des § 1136 dürfte nach den aufgestellten Grundsätzen ohne weiteres zulässig sein. Unter dem Gläubiger im Sinne dieser Vorschrift ist der Hypothekengläubiger[2]) zu verstehen, d. i. der Gläubiger, dem eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) an dem Grundstück, dessen Veräusserung oder weitere Belastung in Frage steht, bestellt ist oder bestellt werden soll. Einem Nicht-Hypothekar[3]) gegenüber kann sich der Eigentümer gemäss § 137 giltig verpflichten, sein Grundstück nicht zu veräussern oder weiter zu belasten.

In den §§ 1137—1139 sind diejenigen Einreden geregelt, die dem Eigentümer gegen die Geltendmachung der Hypothek aus der dieser zu Grunde liegenden Forderung hergeleitet werden können, die also ausschliesslich den dinglichen Anspruch aus der Hypothek, nicht den persönlichen Anspruch aus der Forderung betreffen. Eine entsprechende Anwendung dieser Paragraphen auf die Grundschuld ist ausgeschlossen. Denn da einer neben der Grundschuld bestehenden Forderung legitimierende Bedeutung

---

[1]) Dernburg, III § 230.
[2]) R. 08, II 269 Ziff. 1571.
[3]) Mittelstein S. 177.

nicht zukommt, der Gläubiger vielmehr unabhängig von einer solchen dinglich berechtigt wird und bleibt, so vermag auch dieses sein dingliches Recht nicht durch Einreden erschüttert zu werden, die einem persönlichen Haftungsverhältnis entspringen.

Hieran mag sich gleich die Besprechung des § 1157 und die Prüfung auf seine Geltung für die Grundschuld anschliessen.

Der § 1157 handelt von den Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek und die auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können. — Es sei zunächst darauf hingewiesen, dass die „Einwendungen“ nach dem Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts beides umfassen: sowohl die Einreden, als die Befugnis des Schuldners, bei Inanspruchnahme die von ihm geschuldete Leistung zu verweigern, kurz die „Leistungsverweigerungsrechte“, als auch die Einwendungen im weiteren Sinne, die Geltendmachung der Tatsache, dass der klägerische Anspruch überhaupt nicht zur Entstehung gelangt oder aber bereits durch Erfüllung etc. erloschen sei.

Hinsichtlich der dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegen die Grundschuld zustehenden Einwendungen sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

1) Diejenigen Einwendungen, die sich aus dem Grundschuldverhältnisse selbst ergeben und solche, die aus einem besonderen Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer und Grundschuldgläubiger hervorgehen.
2) Diejenigen Einwendungen, die sich aus dem etwaigen Bestehen einer persönlichen Forderung neben der Grundschuld ergeben.

1. Die Einwendungen, die sich gegen den dinglichen Bestand der Grundschuld als solchen richten, können sich sowohl aus dem Grundbuch wie aus dem Brief ergeben. So kann der Geltendmachung der Grundschuld entgegengesetzt werden: Nichtigkeit der dinglichen Einigung oder der Eintragungsbewilligung, Eintritt des Endtermins, der Resolutivbedingung, Ausfall der aufschiebenden Bedingung[1]). — Die Bestellung einer Grundschuld unter Hinzufügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung wird nämlich, obwohl das Gesetz es nicht ausdrücklich erwähnt, aus dem Grunde zuzulassen sein, weil eine entgegengesetzte Bestimmung des 1. Entwurfs (§ 1137) in 2. Lesung gestrichen wurde.[2])

Alle diese Einwendungen müssen aber dem gutgläubigen dritten Erwerber gegenüber gemäss § 892 B. G. B. versagen. — Ferner wird der Klage des Gläubigers gegenüber der Eigentümer sich durch den Hinweis auf im Grundbuche eingetragene Widersprüche und Verfügungsbeschränkungen und somit Geltendmachung der Unrichtigkeit des Grundbuchs schützen können.[3]) Ebenso kann der Eigentümer gemäss § 1160 der Geltendmachung und Kündigung der Briefgrundschuld widersprechen, wenn der Gläubiger nicht den Brief bezw. im Falle der Nichteintragung im Grundbuch auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorlegt. Desgleichen kann der Eigentümer die Befriedigung des Gläubigers bis zur Aushändigung des Grundschuldbriefes und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Urkunden verweigern. Wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreites den Grundschuldbrief auf Verlangen des Beklagten vorgelegt hat, kann der Beklagte nicht mit der

[1]) Oberneck 2, § 156, S. 387, 468.
[2]) Vgl. Staudinger 3, S. 914.
[3]) Oberneck 2, § 156, S. 387.

Behauptung gehört werden, dass der Kläger vor Anstellung der Klage die Grundschuld unter Aushändigung des Grundschuldbriefes abgetreten habe und zur Zeit der Klageerhebung nicht im Besitze des Briefes gewesen sei. Der Beklagte kann verlangen, dass er zur Zahlung des Grundschuldbetrages nur gegen Aushändigung des Grundschuldbriefes und der sonstigen Urkunden, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlich sind, verurteilt wird. Demgemäss darf die Verurteilung nur mit dieser Massgabe erfolgen.[1]) Wenn freilich der Kläger auf illegale Weise in den Besitz des Grundschuldbriefes gelangt ist, sodass dem Beklagten die Gefahr droht, ihn an den materiell berechtigten Gläubiger herausgeben zu müssen, so kann er beim Nachweise dieses Einwandes den Angriff des Klägers zurückschlagen.[2])

Auf Grund eines zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses wird z. B. gegen Geltendmachung der Grundschuld die Einwendung möglich sein, dass die fällige Grundschuld gestundet sei.[3]) Doch wird auch diese Einrede nur dem Sondernachfolger gegenüber geltend gemacht werden können, dem die Tatsache der Stundung zur Zeit des Erwerbes der Grundschuld bekannt war, dem redlichen Erwerber gegenüber muss sie dagegen versagen.

Zu den Einreden,[4]) die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger der Grundschuld bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Geltendmachung der Grundschuld vor der Uebertragung an den Sondernachfolger zustanden, gehört auch die Ein-

---

[1]) R. G. E. 56, S. 414.
[2]) Oberneck 2, § 163, S. 468.
[3]) Vgl. Staudinger 3, S. 914, § $1192_4$ b u. § 1157.
[4]) Warneyer, Erg. Bd. 1908, Nr. 454.

rede, dass wegen Nichtbestehens der Forderung, zu deren Deckung die Grundschuld vom Eigentümer ins Leben gerufen bezw. hingegeben wurde, der Empfänger zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet sei:[1]) denn die Einrede gründet sich auf das die Deckung der Forderung durch die Grundschuld betreffende Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Empfänger der Grundschuld, und sie würde, falls sie in tatsächlicher Hinsicht begründet wäre, die Klage des Empfängers aus der Grundschuld ausschliessen. Hat daher der Sonderempfänger von den eine solche Einrede begründenden Tatsachen, insbesondere von dem Nichtbestehen der Forderung, beim Erwerbe der Grundschuld Kenntnis gehabt, so kann auch seiner Klage aus der Grundschuld diese Einrede mit Erfolg entgegengesetzt werden.

Weiterhin kann dem Zessionar einer Hypothek oder Grundschuld beim Mangel des guten Glaubens die Einrede entgegengesetzt werden, dass der Zedent nach einem mit dem Grundstückseigentümer getroffenen fiduziarischen Abkommen zur Abtretung der Hypothek oder Grundschuld nicht berechtigt gewesen sei.[2]) Der Zessionar kann sich nicht darauf berufen, dass zur Zeit der Zession noch Ansprüche bestanden hätten, für welche die Hypothek oder Grundschuld dem Zedenten gehaftet habe.

Die zweite Gruppe der gegen die Grundschuldklage möglichen Einwendungen ergibt sich aus einer etwaigen Verbindung eines persönlichen Forderungsrechts mit dem dinglichen Rechte des Grundschuldgläubigers.

Bei Besprechung der §§ 1137—1139 war bereits gesagt, dass eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften ab derjenigen Leistungsverweigerungsrechte, die der Eigen-

[1]) R. G. E., 4. April 1908.
[2]) R. 09, Ziff. 3782.

tümer aus der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung gegen die Hypothekenklage herleitet, auf die Grundschuld ausgeschlossen sei. Wenn sich trotzdem das Bestehen resp. Nichtbestehen einer Forderung von Einfluss auf das Gläubigerrecht herausstellen sollte, so wird der juristische Charakter[1]) dieser Einwendungen ein anderer sein.

Ist die Bestellung einer Grundschuld erfolgt zur Befriedigung oder Sicherstellung einer persönlichen Forderung, so bleibt, wie oben gesagt, diese Forderung stets nur Motiv der Bestellung, ohne Voraussetzung des dinglichen Gläubigerrechtes zu werden. Es ist dies der Ausfluss[2]) des Gegensatzes zwischen kausalem und abstraktem Rechtsgeschäfte: Die Wirksamkeit des kausalen Rechtsgeschäftes ist abhängig von der Erreichung des einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäftes bildenden Zweckes. Das abstrakte Rechtsgeschäft ist wirksam, auch wenn der von den Vertragschliessenden vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungiltig war. Ob also auch die Forderung des Gläubigers erlischt oder der Sicherungszweck der Grundschuld entfällt, weil die Forderung nicht mehr besteht oder ihrer Geltendmachung eine dauernde Einrede entgegengestellt werden kann — das Gläubigerrecht bleibt zunächst unberührt. Scheinbar liegt hierin natürlich ein materielles Unrecht: aber auch nur scheinbar. Zwar steht dem Gläubiger noch ein selbständiges Recht zu, aber dasselbe ist zu entkräften. Denn trotz ihrer Abstraktion ist die Grundschuld der „Reaktion“[3]) des materiellen Rechtes ausgesetzt: in der condictio der §§ 812 ff. B. G. B. steht dem Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, nach Fort-

[1]) Vgl. Oberneck 2, § 163, S. 468.
[2]) Staudinger 2, S. 823. Vbm. zu § $812_3$.
[3]) Hachenburg, Beitr. 36.

fall dieser Schuld, also des rechtlichen Grundes der Bestellung der Grundschuld, der selbständige Anspruch zu, die in der Bestellung der Grundschuld erfolgte Leistung als nunmehrige ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers zurückzufordern.[1]) Zur Geltendmachung dieses Anspruchs sind dem Eigentümer zwei Möglichkeiten gegeben: er kann ihn geltend machen im Wege der Einrede gegen die dingliche Klage aus der Grundschuld; andererseits kann er seine Leistung auch selbständig im Wege der Klage zurückverlangen und somit Rückübertragung oder Verzicht des Gläubigers auf die Grundschuld erzielen. — Dieser Anspruch des Eigentümers kann durch Vormerkung gesichert werden, die hierin liegende Einrede auch durch Widerspruch.[2])

Der Kondiktionsanspruch steht nur dem Besteller der Grundschuld zu,[3]) einem Sondernachfolger im Eigentum nur dann, wenn er ihm besonders abgetreten ist. Auch geht der Anspruch des Eigentümers nur gegen den ursprünglichen Gläubiger und dessen bösgläubigen Rechtsnachfolger.[4]) Selbstverständlich wird auch diese Kondiktionsbefugnis durch die Vorschriften der §§ 814, 815 betroffen und eingeschränkt.

Es erscheint an sich merkwürdig, dass das abstrakte Grundschuldrecht, das losgelöst ist von einer causa, doch im obligatorischen Verhältnisse von Gläubiger und Eigen-

---

[1]) So Hachenburg Beitr. 36. Hachenburg Vortr., S. 542. Planck 3, § $1192_5$ S. 730. Staudinger 3, § $1192_3$ b. Biermann § 1191, S. 421. Oberneck R. G. R. 2, § 163 4d. Turnau-Förster 1, § $1191_4$ S. 1064. R. G. E. 63, S. 185, 73, 143. Jur. Woch. 01, S. 465 n. 17.

[2]) Staudinger § 1191 I b, S. 904.

[3]) R. G. E. 68, S. 102. Planck 3, § $1192_5$ S. 730.

[4]) Vgl. Jur. Woch. 1901, S. 465 n. 17. Biermann § $1153_2$ S. 355. Staudinger 3, § 1191, S. 904. Oberneck R. G. R. § $163_1$, S. 469. R. G. R. 68, 102. Gruchot 48, S. 937.

tümer einer solchen Reaktion ausgesetzt ist, dass das von einer causa losgelöste und verselbständigte Recht doch durch die Existenz bezw. Nichtexistenz der causa insofern soll beeinflusst werden können, dass der Wegfall der causa den Heimfall des dinglichen Rechtes an den Eigentümer auf dem Wege der diesem zustehenden Kondiktion bewirkt. Aber es findet dies in dem Wesen der Kondiktion seine Erklärung, und zugleich wird man stets sich zu vergegenwärtigen haben, dass die Grundschuld nur äusserlich von einem Schuldgrunde losgelöst ist, eine solche innere Schuldursache aber in einer Forderung, einem Leistensollen des Eigentümers hat wie jedes abstrakte Schuldversprechen, jeder Wechsel.

Der Kondiktionsanspruch ist ein eigenartiges rechtliches Gebilde. Zunächst findet eine Vermögensverschiebung statt, die eine innere Rechtfertigung nicht aufzuweisen hat. Dieser Vorgang vollzieht sich nach aussen mit rechtlicher Wirkung, obgleich ein innerer rechtfertigender Grund für die Benachteiligung auf der einen Seite und Vermögensvermehrung auf der anderen nicht vorhanden ist. Doch nun setzt die Ausgleichung durch das materielle Recht ein: das Gesetz trägt[1]) der materiellen Gerechtigkeit dadurch Rechnung, dass es dem Benachteiligten, um die Vermögensverschiebung rückgängig zu machen, den persönlichen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gibt. — Die Vermögensverschiebung vollzieht sich also mit rechtlicher Wirkung und nach rechtlichen Normen, nur im Innenverhältnis fehlt es an der causa. Die Verschiebung ist zwar[2]) an sich eine rechtmässige, sie ist aber in dem Sinne eine ungerechtfertigte, dass sie im Verhältnisse des Bereicherten und des

---

[1]) Planck 2, S. 928, 24. Tit. 1.
[2]) Vgl. Dernburg $2_2$, S. 687, § 374 IV.

Verlustträgers als Unrecht erscheint. Nur in dieser Hinsicht ist sie ohne rechtlichen Grund.

Durch die Kondiktion soll der Fehler des formellen Rechtes materiell-rechtlich wieder gutgemacht werden. Darum ist es natürlich, dass auch die abstrakte Grundschuld eine Leistung bedeutet, die, falls ohne rechtlichen Grund bewirkt, bezw. bei Fortfall dieses Grundes, dem Anspruch auf Rückgewähr unterliegt.

In den meisten Fällen wird die Bestellung der Grundschuld zum Zwecke der Sicherung einer Forderung erfolgt sein. Wird nun der Schuldner aus dem persönlichen Schuldverhältnis in Anspruch genommen, so kann er sich auf die fiduziarisch erfolgte Bestellung der Grundschuld berufen und gegen Befriedigung des persönlichen Forderungsrechtes Aushändigung des Grundschuldbriefes bezw. Verzicht des Gläubigers auf sein dingliches Recht fordern. Der Klage aus der Grundschuld andererseits wird er die Einrede entgegensetzen, dass die Bestellung derselben zu Sicherungszwecken erfolgt sei, und dass er daher nur gegen Befreiung von der persönlichen Verpflichtung den Grundschuldgläubiger befriedige, um nicht der Gefahr doppelter Inanspruchnahme ausgesetzt zu sein. Eine dolose Geltendmachung des dinglichen und persönlichen Rechtes kann der Eigentümer, der zugleich Schuldner ist, also vereiteln.

Dem Grundschuldgläubiger steht im allgemeinen die Vermutung des Bestehens der Grundschuld in der durch das Grundbuch ausgewiesenen Höhe bis zur Führung des Gegenbeweises zur Seite (§ 891 B. G. B.).[1]) Wenn die Grundschuld aber mit einer Forderung in Verbindung gesetzt ist, deren Höhe bei der Begründung der Grundschuld noch nicht feststeht, und der Streit über das Bestehen oder die Höhe der Forderung unter den bei der Bestellung der

[1]) Staudinger 3, § 1191, 3 b., S. 904.

Grundschuld beteiligten Personen sich erhebt, wird sich der Grundschuldgläubiger über das Bestehen der Forderung einem ähnlichen Nachweise zu unterziehen haben wie der Gläubiger einer Sicherungshypothek![1])

Die §§ 1140 und 1146 B. G. B. enthalten Grundsätze, deren Anwendbarkeit gemäss § 1192 ohne weiteres sich ergibt. Voraussetzung des § 1146 ist, dass der Eigentümer nach eingetragener Fälligkeit und Mahnung die ihm obliegende Leistung nicht erbracht hat. Das heisst nicht, dass der Eigentümer im entscheidenden Zeitpunkte nicht „gezahlt" oder nicht seine Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung „ausdrücklich anerkannt" und zur tätigen Mitwirkung an der möglichst glatten Durchführung der Gläubigerbefriedigung sich erboten haben muss.[2]) Denn der Eigentümer ist zum Zahlen nicht verpflichtet. Er hat nur die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, wenn er von seiner Zahlungsbefugnis keinen Gebrauch machen will, wegen der Hypothekensumme zu dulden. Dieser Duldungspflicht genügt aber der Eigentümer schon durch blosse Passivität; nur wenn er nach Fälligkeit und Mahnung seine Duldungspflicht ausdrücklich oder stillschweigend (durch schlüssige Handlung) bestreitet, liegen ihm gegenüber die Voraussetzungen des § 1146 B. G. B. vor.

Für die Kündigung der Grundschuld sind im § 1193 weitergehende Bestimmungen getroffen, als § 1141 sie für die Hypothek gibt. Der Absatz 2 dieser Vorschrift gilt auch für die Grundschuld.

Des weiteren haben die Normen der §§ 1148—1152 für die Grundschuld Geltung. Bezüglich des § 1149 sei bemerkt, dass eine Vereinbarung des Inhalts, dass dem Verkäufer eines Grundstücks für den Fall der Nichtbe-

[1]) R. G. E. 60, 247. Staudinger 3, S. 904, 914.
[2]) Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen 16 ff.

zahlung des Kaufpreises (während der Kaufvertrag weiterbesteht) neben der sofortigen Zwangsvollstreckung ein zweiter Weg, sich aus dem Grundstücke Befriedigung zu verschaffen, dadurch eröffnet wird, dass er die Veräusserung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung, nämlich durch einfache öffentliche Versteigerung, soll bewirken können, vor Eintritt der Fälligkeit unzulässig ist.

§ 1160 ist anwendbar. Schon die Nichterwähnung einer Forderung hierin beweist, dass dem Hypothekengläubiger das durch § 1160 verkörperte Recht zusteht unabhängig von dem Vorhandensein einer legitimierenden Forderung. Gemäss dieser Vorschrift kann der Eigentümer der Geltendmachung einer Briefgrundschuld bezw. Kündigung derselben widersprechen, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt. Der Grundschuldgläubiger ist daher mit seiner Klage abzuweisen, wenn der beklagte Eigentümer den Brief kraft vertraglichen persönlichen Zurückbehaltungsrechtes einbehalten darf, und zwar auch dann, wenn der Brief durch Zufall in den Besitz des Eigentümers gelangt sein sollte; hierdurch wird die vertragsmässige Verpflichtung des Gläubigers, den Brief dem Beklagten zu überlassen, nicht aufgehoben; es steht ihm mithin die Verfügung über den Brief nicht zu.[1])

Dagegen ist § 1161 B. G. B. auf eine persönliche Forderung abgestellt und hat darum für die Grundschuld keine Geltung.

Ein abhanden gekommener oder vernichteter Grundschuldbrief wird in gleicher Weise wie ein Hypothekenbrief gemäss § 1162 B. G. B. im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt, ein unbekannter Grundschuldgläubiger unter denselben Voraussetzungen wie nach §§ 1170, 1171

[1]) Endemann 2,1 § 132b, S. 889.

ein Hypothekengläubiger mit seinem Rechte ausgeschlossen. — Unter Ausschliessung[1]) des Gläubigers versteht § 1170 B. G. B., wie sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ergibt, die Ausschliessung, die nach Massgabe der Vorschriften der Z. P. O. über das Aufgebotsverfahren ausgesprochen ist. Der § 1170 B. G. B. bestimmt also nur die materiellen Voraussetzungen für das Aufgebot und die mit Erlassung des Ausschlussurteils verbundenen Wirkungen, während durch die Vorschriften der Z. P. O. dem Ausschlussurteil sein Wesen und Inhalt gegeben wird. Das Aufgebotsverfahren der Z. P. O. hat aber allein das Ziel, die gesetzlichen Rechtsnachteile gegen alle diejenigen festzustellen, die sich auf das erlassene öffentliche Aufgebot hin nicht gemeldet haben. Daraus ergibt sich, dass, wenn Anmeldungen erfolgt sind, das gemäss § 953 Z. P. O. unter Vorbehalt der angemeldeten Rechte, ergehende Ausschlussurteil, solange der Vorbehalt zu Recht besteht, nicht als ein Ausschlussurteil im Sinne des § 1170 Abs. 2 B. G. B. anzusehen ist, mit dessen Erlassung der Grundstückseigentümer die Post erwirbt. — Dem Falle der „Unbekanntheit" eines Gläubigers steht der Fall, dass der angebliche Gläubiger sein Recht nicht nachzuweisen vermag, gleich, weil mangels eines Nachweises seine Gläubigerschaft unbekannt ist. Meldet sich ein solcher angeblicher Gläubiger im Aufgebotsverfahren nicht, so wird er durch das Ausschlussurteil seines Rechtes endgültig für verlustig erklärt.

2 c.

Die Vorschriften über Zinsen einer Hypothekenforderung haben nach § 1182 Abs. 2 für Zinsen der Grundschuld Geltung. Eine entsprechende Einschränkung, wie sie der

[1]) R. 08, 14, Ziff. 81.

Abs. 1 des § 1192 aus der Nichtvoraussetzung einer Forderung bei der Grundschuld herleitet, ist vom Gesetzgeber hinsichtlich der Geltung der Zinsenvorschriften nicht angeordnet. Sie haben also insgesamt Anwendung zu finden.

In Betracht kommen die §§ 1115, 1118, 1119, 1145, 1146, 1158, 1159, 1177, 1178.

Bezüglich des § 1118 hat das zu Seite 34 Gesagte zu gelten.

Absatz 1 und Absatz 2 des § 1119 erwecken, zusammenbetrachtet, leicht den Anschein, als wolle der Gesetzgeber jede Aenderung des Inhalts einer Hypothek, der einschneidende Bedeutung nicht zukommt, ohne Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten Wirkung gegen diese erlangen lassen. Der Versuch,[1]) dem § 1119 B. G. B. diesen Sinn unterzulegen, ist aber verfehlt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat aus guten Grunden eine Vorschrift so unbestimmten Inhalts, die fortwährend zu Streitigkeiten Anlass geben würde, nicht aufgenommen, sondern sich damit begnügt, diejenigen Aenderungen des Inhalts der Hypothek unabhängig von der Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten zuzulassen, für die ein Verkehrsbedürfnis diese Erleichterung erfordert.

Die Anwendbarkeit des § 1146 ist bereits Seite 45 f. erläutert worden. Hinsichtlich der übrigen Zinsen-Vorschriften empfiehlt sich, ihrer Bedeutung als Nebenforderungen entsprechend, eine nähere Erörterung erst zugleich mit der Besprechung der die Uebertragung bzw. Befriedigung der Hauptforderung betreffenden Normen.

---

[1]) Vgl. R. 09, Ziff. 1318.

2 d.

Befriedigung, Uebertragung und Erlöschen der Hypothek bestimmen sich nach den §§ 1142—1145, 1147, 1153—1156, 1164—1169, 1173—1183.

Was zunächst die Befriedigung anlangt, so geht das Recht des Hypotheken- wie des Grundschuldgläubigers gemäss §§ 1113, 1191 B. G. B. auf Zahlung einer Schuldsumme „aus dem Grundstück". Da die Grundschuld das Bestehen eines persönlichen Haftungsverhältnisses grundsätzlich nicht voraussetzt und da bei der Hypothek infolge des überaus lebhaften Hypothekenverkehrs in den meisten Fällen der Eigentümer nicht zugleich der obligatorisch Verpflichtete sein wird, abgesehen davon, dass er es schon von vornherein nicht gewesen zu sein braucht, so besteht zumeist für den Eigentümer keine Pflicht zur Befriedigung des Gläubigers aus seinem Vermögen. Nun entspricht aber die zwangsweise Beitreibung des Gläubigeranspruchs keineswegs den Regeln des wirtschaftlichen Verkehrs, sondern stellt den Ausnahmefall dar. Es ist daher dem Eigentümer in §§ 1142 I die ausdrückliche Befugnis zur Befriedigung des Gläubigers aus persönlichen Mitteln eingeräumt. Es bestehen keine Bedenken, dies Ablösungsrecht gemäss § 11421 auch dem Eigentümer des mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks zuzugestehen für den Fall der Fälligkeit der Grundschuld. Desgleichen wird § 1142 Abs. 2 zu gelten haben.

Dem Wortlaut des § 1143 nach verbietet sich eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf die Grundschuld ohne weiteres. Denn eine derartige Verbindung zwischen Grundschuld und Forderung, dass bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, ein gesetzlicher Uebergang der Forderung auf den befriedigenden Eigentümer stattfände, würde dem Cha-

rakter der Grundschuld widersprechen. Trotzdem ist eine gewisse Anwendbarkeit nicht zu leugnen. Der Eigentümer erwirbt nicht nur die Forderung, sondern es geht auch die Hypothek in Höhe der Befriedigung auf ihn über nach dem Grundsatz des Bürgerlichen Rechtes, das Rangrecht zu Gunsten des befriedigenden Eigentümers aufrecht zu erhalten. Enthält § 1143 aber den sachenrechtlichen Grundsatz von der Ausschliessung des Vorrückens der gleich- und nachstehenden Realgläubiger, so ist damit insoweit die Anwendbarkeit der Norm auf die Grundschuld gegeben. Bestätigt wird diese Auffassung als Wille des Gesetzgebers durch den § 1139 b und c des Redaktionsentwurfes. Vgl. hierzu auch K. G. J. 35 A 327, R. G. 60, No. 58 a. E. S. 251: wenn und soweit der Eigentümer den Gläubiger wegen der Grundschuld befriedigt, gehört die Grundschuld nicht zur Konkursmasse, sondern steht dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu.

Soweit § 1143 für das Grundschuldrecht Geltung hat, kommen auch die §§ 1144, 1145 B. G. B. auf dasselbe zur Anwendung. Denn sie sprechen nur die notwendigen Rechtsfolgen der im § 1143 enthaltenen Grundsätze aus. — Der Gläubiger wird nach § 1144 nicht verpflichtet sein, eine Löschungsbewilligung, d. h. eine Erklärung über die Aufhebung der Hypothek gemäss § 1183, 875 Abs. 1 B. G. B. zu erteilen, vielmehr genügt eine öffentlich beglaubigte Quittung zum Nachweise des Erlöschens der Hypothek.[1])

Die Aushändigung des Grundschuldbriefes und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Urkunden wird der Gläubiger nicht verweigern können mit dem Einwand, dass die zur Sicherung für eine bestehende Verbindlichkeit abgetretene Grundschuld auch für künftig noch entstehende

[1]) Vgl. J. D. R. Ziff. 5 d zu § 1163 B. G. B.

Forderungen der Klägerin aus der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten haften solle.[1]) Eine solche Vereinbarung kann nur als Verpfändung der Grundschuld für die künftigen Forderungen aufgefasst werden. Eine solche Verpfändung ist aber unwirksam, weil sie der nach §§ 1274, 1154, 1192 B. G. B. erforderlichen schriftlichen Form entbehrt.

Macht der Eigentümer von seiner Befugnis, aus eigenen Mitteln den Gläubiger zu befriedigen, keinen Gebrauch, erfolgt auch keine Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, so wird der Anspruch des Hypotheken- wie Grundschuldgläubigers gemäss § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung realisiert.

Diese zu dulden ist, wie eingangs gesagt, der Eigentümer verpflichtet, nicht aber besteht für ihn eine Pflicht zu einem positiven Tun. Nun darf aber diese Passivität des Eigentümers eine bestimmte Grenze auch nicht überschreiten.[2]) Ist die Hypothek oder Grundschuld fällig, so muss der Eigentümer mitwirken, dass der Gläubiger zum Betreiben der Zwangsvollstreckung in die Lage gesetzt wird, dass er einen vollstreckbaren Titel erhält, durch den er seine Befriedigung aus dem Grundstücke herbeiführen kann. Von Wichtigkeit ist dies für einen eventuellen Rechsstreit. Erkennt auch der beklagte Eigentümer, der lediglich dinglich haftet, den Anspruch des Grundschuldgläubigers sofort an, so sind trotz des § 93 Z. P. O. dem Beklagten, der sich gegenüber dem fälligen Anspruche passiv verhielt, insbesondere sich nicht zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde erboten hat, die Kosten des Rechsstreits aufzuerlegen.[3])

Die §§ 1164—1167 B. G. B. behandeln den umgekehrten Fall, gewissermassen das Gegenstück zu §§ 1143 ff.: Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den per-

[1]) R. 07, 450 Ziff. 892.
[2]) R. 04, 529.
[3]) O. L. G. 3, 318, O. L. G. 2, 295, Sächs. O. L. G. 23, 532.

sönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist. Von der Geltung für die Grundschuld sind diese Vorschriften ihrem Wesen nach ausgeschlossen. Gerade in ihnen kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Forderung legitimierende Bedeutung für die Hypothek hat, dass die Hypothek nur um der Forderung willen dem Gläubiger zusteht. Eine Möglichkeit entsprechender Anwendung des § 1165 wird nur insofern denkbar sein, als der persönliche Schuldner bei etwaiger arglistiger Verschlechterung seiner Stellung durch den Gläubiger frei bezw. zur Verweigerung berechtigt wird.[1])

Ebenso ist auch § 1167 nicht ganz von entsprechender Anwendung ausgeschlossen. Befriedigt der Schuldner, der nicht Eigentümer ist, den Gläubiger wegen der in Beziehung zur Grundschuld gesetzten Forderung, so ist dies sachenrechtlich[2]) der abstrakten Natur des Grundschuldrechtes entsprechend auf seine Stellung ohne Bedeutung, er erwirbt kein Recht auf die Grundschuld. Immerhin kann sich aus seinem Rechtsverhältnisse zum Gläubiger ein persönlicher Anspruch gegen den Gläubiger auf Abtretung der Grundschuld ergeben.

Insofern werden dann auch die in den §§ 1167, 1144, 1145 bezeichneten Rechte dem Schuldner entsprechend zustehen, da er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat.

Die Vorschrift des § 1173 war von der Redaktionskommission in Bezug auf die Grundschuld folgendermassen gefasst (§ 1142†): „Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Grundschuld an seinem Grundstücke; die Grundschuld an den übrigen Grundstücken

[1]) Vgl. Oberneck 2, § 1163 f. S. 472.
[2]) Oberneck a. a. O.

erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn die Grundschuld auf den Eigentümer übertragen wird". Diese Vorschrift ist in vorliegender Form ohne Erläuterung anwendbar. Man wird sogar der entsprechenden Hypothekenvorschrift gemäss hinzusetzen dürfen: „oder wenn sich das Recht aus der Grundschuld und das Eigentum am Grundstücke in einer Person vereinigen".[1])

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass auch der Absatz 2 dieses Paragraphen für die Grundschuld Geltung haben soll und dass also auf den Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, falls er von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, auch die Grundschuld an dem Grundstücke dieses Eigentümers in Höhe des Ersatzanspruchs übergeht. Dagegen kann es aber zweifelhaft sein, ob dieses auf den Eigentümer übergehende Recht ihm als Grundschuld oder als Hypothek zusteht.

Vergleicht man die im Falle des § 1173 Abs. 1 und im Falle des § 1173 Abs. 2 dem befriedigenden Eigentümer zustehenden Hypotheken, so haben wir es im ersteren Falle mit der „Hypothek des Eigentümers" zu tun. Die auf den Eigentümer übergegangene Hypothek bleibt Hypothek, weil ja der Schuldgrund, die Forderung, fortbesteht und nur solange keine rechtliche Wirksamkeit hat, als der Eigentümer des belasteten Grundstückes zugleich der Gläubiger der Forderung ist.

Nun fragt es sich aber, welches die Grundlage der Hypothek im zweiten Falle sein soll. Man wird diese Grundlage für die dem befriedigenden Eigentümer am Grundstücke der ihm Ersatzpflichtigen zustehenden Hypothek

---

[1]) Vgl. Turnau-Förster (1900) 1, S. 796.

in dem betreffenden obligatorischen Ersatzanspruch gegen den anderen Eigentümer zu suchen haben, sodass diese Hypothek entsteht zur Sicherung der Ersatzforderung. So auch Staudinger, 3, § 1173, S. 834, Biermann S. $231_2$, Oberneck S. 329, § 151, Planck, 3, § 1173, S. $663_4$ b. A. M. Turnau-Förster § 1173 S. 710, nach dem für die Ersatzforderung eine Hypothek weder besteht noch entsteht, die Ersatzforderung vielmehr nur zum Nachweise der Berechtigung des befriedigenden Eigentümers zum Erwerbe der an dem anderen Grundstücke bestehenden Hypothek dient.

Dem befriedigenden Eigentümer stehen aber keineswegs etwa zwei selbständige Hypotheken zu, die Hypothek am eigenen und die Hypothek am fremden Grundstücke, die „Rückgriffshypothek", sondern die Eigentümer- und Rückgriffshypothek werden Gesamthypothek. — Im Hinblick auf die hinsichtlich der Grundlage der Hypothek im Falle des Abs. 2 gewonnenen Auffassung wird man sich dahin zu entscheiden haben, dass der ersatzberechtigte Eigentümer die Grundschuld an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen nur als Hypothek erwerben kann.[1])

§ 1174 bedeutet die Erweiterung der im § 1164 für die Einzelhypothek aufgestellten Regel für die Gesamthypothek. Dieser Paragraph ist aus denselben Gründen wie jener für das Grundschuldrecht ohne Bedeutung.

§ 1180 ermöglicht es, an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung zu setzen. Ebenso kann der Eigentümer eine Hypothek, die ihm infolge Nichtbestehens oder Erlöschens der Forderung als Eigentümerhypothek zufällt, mit einer neuen Forderung in Verbindung bringen und diese neue Hypothek weiter übertragen, auch kann unbedenklich eine Verwandlung

[1]) Vgl. Staudinger 3, S. 834, III.

der Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek entsprechend erfolgen. Dagegen halte ich es nicht für angängig,[1]) dass im Wege des § 1180 die Hypothek einem neuen Gläubiger unmittelbar als Grundschuld übertragen wird. Dem steht m. E. die Fassung des § 1180: „an die Stelle der Forderung" entgegen.[2]) Zu einer solchen Uebertragung steht ja § 1198 und der Umweg über §§ 1168, 1177 zur Verfügung. — Auf die Grundschuld kann § 1180 keine Anwendung finden.

Dagegen ist § 1182 entsprechend anzuwenden. Es gilt hier das Gleiche wie das zu § 1173 Gesagte. Auch hier erhält der Ersatzberechtigte die Grundschuld in Höhe seiner Ersatzforderung als Hypothek, da das dingliche Recht zur Sicherung dieser seiner Ersatzforderung dienen soll.[3])

Von der Uebertragung der Hypothek handeln die §§ 1153-1156, 1158, 1159 B. G. B.

Bei Feststellung der Normen, nach denen der Uebergang der Hypothek sich vollziehen sollte, hatte der Gesetzgeber naturgemäss auf das Bestehen eines persönlichen Haftungsverhältnisses neben dem dinglichen Recht Rücksicht zu nehmen, um eine dolose Benachteiligung des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner war, durch gesonderte Uebertragung von Hypothek und Forderung seitens des Gläubigers zu verhindern. Die zwischen Hypothek und Forderung bestehende Verbindung ist daher auch für den Fall der Uebertragung aufrecht erhalten, indem nach § 1153 die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann.

Aus dieser Vorschrift — allein betrachtet — könnte sehr leicht der Schluss unbedingter Akzessorietät der Hypothek

---

[1]) A. A. Staudinger 3, S. 885 zu § 1180 2 a. a.
[2]) So auch Oberneck, R. G. R. § 118 B.
[3]) Staudinger 3, S. 866, zu § 1182 8.

gefolgert werden. Es mag darum darauf hingewiesen werden, dass dieser Satz nur so lange gilt, als die Forderung sich bei der Hypothek[1]) und umgekehrt befindet, nicht aber, dass eine Trennung ausgeschlossen wäre. Dem gutgläubigen Zessionar steht die Fiktion des § 1138 zur Seite.

Wenn man nun davon ausgeht, dass mit der Vorschrift des § 1153 die Verbindung zwischen Hypothek und Forderung für den Fall der Uebertragung der einen oder anderen aufrecht erhalten werden sollte, so liegt es auf der Hand, dass § 1153 eine Ausnahme von der Regel des § 1192 darstellt. — Das Vorhandensein einer Forderung ist nicht gesetzliches Erfordernis des Entstehens des dinglichen Rechtes des Grundschuldgläubigers. Ist eine Forderung vorhanden, ist sie Motiv, nicht mehr. Darum hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch kein Bestimmung darüber getroffen, welches das Schicksal der durch eine Grundschuld gesicherten Forderung sein soll, wenn diese Grundschuld abgetreten wird. — Das Preussische Eigentumserwerbsgesetz traf für den Fall des Bestehens einer Forderung neben der Grundschuld im § 52 die Bestimmung, dass der persönliche Anspruch erlösche, wenn die zur Sicherung des persönlichen Rechtes dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten würde. Danach war die Rechtslage im Falle einer solchen Zession sehr einfach: der Gläubiger[2]) hat nur die Wahl, ob er durch Realisierung des dinglichen Rechtes oder seines persönlichen Anspruchs sich bezahlt machen will. Realisiert er die Grundschuld durch Zession derselben, so muss folgeweise der persönliche Anspruch erlöschen. Sonst müsste der Schuldner zweimal dasselbe leisten und das wäre wider die Abrede.

Eine ähnliche Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht für die Grundschuld getroffen, und die entspre-

[1]) Staudinger 3, S. 765 zu § 1153 III, 2.
[2]) Achilles, E. E. G. § 52, S. 113.

chende Hypothekenvorschrift auf die Grundschuld anzuwenden verbietet sich aus § 1192. Im § 401 ist ferner noch bestimmt, dass mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, auf den neuen Gläubiger übergehen. Unter Pfandrechten versteht aber das bürgerliche Recht nur solche an beweglichen Sachen und Rechten, nicht aber umfasst dieser Begriff die Hypothek und Grundschuld mit, wie sich aus dem System des B. G. B. und aus dieser Gegenüberstellung in § 401 ergibt, da sonst die Erwähnung der Hypothek überflüssig wäre. Auch in diese Vorschrift hat die Grundschuld ihrem Wesen nach keine Aufnahme gefunden, einer Abschwächung der selbständigen Natur der Grundschuld ist damit vorgebeugt. Eine entsprechende Anwendung des § 401 auf die Grundschuld aber trotz ausdrücklicher Nichterwähnung derselben aus § 1192 zu folgern und analog der Hypothek den Uebergang der Grundschuld auf den Zessionar der durch sie gesicherten Forderung anzunehmen, halte ich wegen des abstrakten Charakters der Grundschuld für nicht zulässig.[1])

Es geht[2]) daher die Grundschuld bei Uebertragung der Forderung ihren eigenen Weg: die Grundschuld wird ohne die Forderung, die Forderung ohne die Grundschuld abgetreten. Die Uebertragung[3]) der der Grundschuld zugrunde liegenden Forderung hat nur obligatorische Wirkungen, sie verschafft dem Zessionar nicht die Grundschuld. Nach dem einzelnen Rechtsverhältnisse zwischen Zedent und Zessionar wird zu beurteilen sein, ob letzterem ein persönlicher Anspruch auf Uebertragung der die abgetretene Forderung sichernden Grundschuld gegen den Gläubiger desselben zusteht.

---

[1]) So auch B. G. B. Kommentar von Reichsgerichtsräten S. 1142 A. M. Staudinger 3, S. 904.
[2]) Turnau-Förster 1, § $1113_5$, S. 882.
[3]) Oberneck, R. G. R. 2, § 163 S. 472, ebenso Planck 3. 7 31.

§ 1154 kann demzufolge nur insofern zur Anwendung gelangen, als sich die Abtretung der Grundschuld nach dieser Vorschrift vollzieht, während eine etwaige durch die Grundschuld gesicherte Forderung nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse abgetreten wird. Es steht in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung[1]) fest, dass die Formvorschrift des § 1154 für Briefhypotheken (Grundschulden) dieselbe Bedeutung hat, wie das Erfordernis der Umschreibung der Hypothek im Grundbuche gemäss § 1154 Abs. 3, § 873 Abs. 1 B. G. B., für Buchhypotheken (Grundschulden). Die Beobachtung der für die Abtretung einer Briefhypothek (Grundschuld) vorgeschriebenen Form ist daher nicht nur dritten gegenüber, sondern auch im Verhältnisse der Vertragsparteien untereinander zur Wirksamkeit der Abtretung notwendig. Eine formlose Abtretungserklärung kann aber die Wirkung eines pactum de cedendo haben und im Falle der Entgeltlichkeit als solches wirksam sein, während im Falle einer Schenkung die Beobachtung der Form des § 518 notwendig sein würde. — Die nach früherem preussischen und mecklenburgischen Recht statthafte Blankoabtretung der Hypothek oder Grundschuld ist nach Bürgerlichem Recht nicht mehr zulässig.

§ 1155 hat unter Aenderung von Forderung in Grundschuld und in Hypotheken- in Grundschuldbrief auch für die Grundschuld zu gelten. Denn obgleich in dieser Vorschrift von einem Forderungsübergange die Rede ist, so kann doch, namentlich unter Zuhilfenahme des Grundschuldentwurfes der Redaktionskommission, kein Zweifel darüber bestehen, dass mit dieser Vorschrift eine für die Grundkreditbelastungsformen gemeinsam gültige Regel aufgestellt werden sollte. Vgl. hierzu auch Oberneck 2, § 173, S. 205, Staudinger 3, § 1155, S. 793.

[1]) R. 08 II 567, Ziff. 3135.

Für das Recht der Grundschuld ist § 1156 Satz — im Gegensatz zu Satz 2 — bedeutungslos. Kündigt der Eigentümer dem bisherigen Grundschuldgläubiger, so ist die Kündigung dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam, es sei denn, dass die Uebertragung der Grundschuld zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war.

Die §§ 1158, 1159 gelten unter Aenderung von Forderung in Grundschuld. — Die Möglichkeit der selbständigen Abtretung einzelner Raten künftig fällig werdender Zinsen steht nach § 1158 fest. Man kann nun aber m. E. nicht daraus, dass die einzelnen Zinsraten nichts anderes als Teile jenes Zinsrechts, das Zinsrecht nichts anderes als das Recht auf die Summe der existent werdenden Zinsraten ist,[1]) auch die Abtretung des Zinsrechtes an sich für möglich erklären und damit die Zulässigkeit der Eintragung der Abtretung des einem Dritten an einer Hypothek zustehenden Zinsgenussrechtes aussprechen.[2]) Abtretbar sind vielmehr nur die einzelnen Zinsraten, möglich auch die Einräumung eines Niessbrauches. Auch in diesem Falle ist die Umschreibung des Zinsgenussrechtes auf den Berechtigten unstatthaft, da der Niessbrauch nur der Ausübung, nicht aber dem Rechte nach übertragbar ist.[3])

2. d.

Das Erlöschen der Hypothek entzieht sich unter den in den §§ 1163, 1168, 1169, 1175-1179, 1181, 1183 B. G. B. gegebenen Vorausetzungen. Zusammengefasst sind hierunter die den Untergang der Hypothek als dinglichen Belastung und die den Untergang des Gläubigerrechtes und Entstehung der Eigentümerhypothek betreffenden Normen.

---

[1]) Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen S. 38.
[2]) O. L. G. 12, 130.
[3]) R. 05, 432.

Bei Prüfung gerade letzterer Vorschriften auf ihre Anwendbarkeit für die Grundschuld ist besondere Vorsicht geboten. Ist doch gerade hier besonders zu berücksichtigen, dass zwischen Hypothek und Forderung eine Verbindung besteht, wie sie zwischen Grundschuld und Forderung nicht existiert.

Die Entstehung der Eigentümerhypothek gemäss § 1163 bei Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung oder bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger war gelegentlich der Erörterung der die Entstehung der Hypothek betreffenden §§ bereits besprochen worden. Einen weiteren Fall enthalten die §§ 1168, 1169, 1175 B. G. B. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer.

Es handelt sich hierbei lediglich um den Verzicht des Gläubigers auf das dingliche Recht ohne die Forderung. Eine Anwendung dieser Vorschrift auf die Grundschuld kann daher unbedenklich stattfinden, was hinsichtlich des § 1169 von besonderer Wichtigkeit sein wird aus dem Grunde, weil die Grundschuld beim Nichtentstehen bzw. Erlöschen der Forderung nicht ohne weiteres wie die Hypothek dem Eigentümer kraft Gesetzes zufällt,[1]) sondern hier der Eigentümer nur den persönlichen Anspruch auf Verzicht oder Rückübertragung hat. — Im einzelnen sei hierzu bemerkt: der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Mit dieser Eintragung vollzieht sich der Uebergang der Hypothek oder Grundschuld kraft Gesetzes, die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger ist nicht Voraussetzung für seinen Erwerb. Erfordert wird ein Verzicht. Es entsteht daher mangels eines solchen eine Eigentümerhypothek dann nicht, wenn der Hypothekengläubiger nach erfolgter Zwangsver-

[1]) Staudinger 3, S. 822 zu § 1169 3.

steigerung des belasteten Grundstücks erklärt,[1]) dass er Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse nicht verlange, weil er sich wegen seiner Forderung in anderer Weise bezahlt machen würde. Die Verzichtserklärung (§ 1168) und die Löschungsbewilligung schliessen sich nicht gegenseitig aus,[2]) sondern können zu gleicher Zeit nebeneinander von dem Gläubiger gewollt sein. Will nämlich der Eigentümer, zu dessen Gunsten der Gläubiger auf seine Hypothek verzichtet, diese löschen lassen, so muss er vorher die Hypothek erwerben und zu diesem Zwecke den Verzicht eintragen lassen. Erst hierdurch erwirbt er die Hypothek und wird zu deren Löschung berechtigt. Zur Ersparung dieses Umwegs kann der Gläubiger neben dem Verzichte gleichzeitig auch die Löschungsbewilligung erklären.

Ist § 1169 auch auf die Grundschuld anwendbar, so ergibt sich eine wesentliche Einschränkung daraus, dass dem Eigentümer gegenüber dem Grundschuldgläubiger nur die Einreden des 1157, nicht auch die der §§ 1137—1139 zustehen.

Bei einer Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld hat der Verzicht des Gläubigers die entsprechenden Folgen wie bei der Einzelhypothek. Ein Ausnahmefall liegt in dem Verzicht auf die Hypothek oder Grundschuld an einem Grundstück, indem diese sodann erlischt.

Der § 1176 räumt, falls die Forderung nur teilweise nicht entsteht oder erlischt oder der Gläubiger nur auf einen Teilbetrag der Hypothek verzichtet, der verbleibenden Resthypothek den Vorrang[3]) vor der dem Eigentümer zufallenden Hypothek ein. Eine entsprechende Anwendung auf die Grundschuld scheint geboten, soweit für das Grund-

---

[1]) R. G. 55, 260.
[2]) R. 09, Ziff. 1887.
[3]) Vgl. Staudinger 3, S. 838, § 1176. I.

schuldrecht die Eigentümergrundschuld überhaupt in Betracht kommt.

Das aus dem Grundbuche sich ergebende Rangverhältnis erfährt hierdurch eine Aenderung. Standen doch bisher der getilgte Teil und die Resthypothek bezw. Grundschuld zu gleichen Rechten.[1]) Deshalb muss, wenn die Umschreibung des getilgten Hypotheken- oder Grundschuldteiles auf den Eigentümer oder den zahlenden Schuldner oder einen dritten erfolgt, zugleich die Rangänderung eingetragen werden.[2]) Das Kammergericht hat die Eintragungsfähigkeit eines Vermerks über den Vorrang nach § 1176 im Grundbuch verneint,[3]) da dieser Vorrang sich ohne Zweifel aus dem Gesetz ergibt und das Grundbuch für selbstverständliche und überflüssige Vermerke nicht bestimmt sei. Demgegenüber muss m. E. die von Fuchs aufgeworfene Frage durchgreifen, wer es denn nach einer Reihe von Uebertragungen dem einzelnen Teilbetrage noch ansehen will, ob er einmal Eigentümerhypothek gewesen ist?

Die Rangänderung besteht nicht etwa nur bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Resthypothek des Gläubigers ebenfalls zur Eigentümerhypothek werden wird, sondern muss solange in Wirksamkeit bleiben, bis sie durch Einigung und Eintragung im Grundbuche wieder beseitigt wird.[4]) Die Teileigentümerhypothek wird aber nicht in Beziehung zu der Person des Gläubigers, sondern zu der in seiner Hand verbleibenden Teilhypothek selbst und im Falle des § 1182 Satz 2 auch zu anderen Realrechten gesetzt; denn § 1176 mit §§ 1164, 1182 besagen nicht, dass die dem Eigentümer zufallende Hypothek überhaupt nicht zum Nach-

[1]) Staudinger a. a. O.
[2]) O. L. G. 6, 202. K. G. J. 25 A. 303.
[3]) Vgl. Staudinger 3, S. 839 § 1176 2b
[4]) Vgl. Staudinger 3, S. 839, 3a.

teile des Gläubigers geltend gemacht werden dürfe, sie besagen nur, dass sie nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und auch nicht zum Nachteile der übrigen Realrechte ausgeübt werden dürfe.

Aus der Abstraktion der Grundschuld ergibt sich von selbst, dass eine dem § 1177 entsprechende Vorschrift für dieselbe undenkbar ist. Anderenfalls wäre damit ja das die Grundschuld von der Hypothek trennende Merkmal beseitigt!

Die dem Eigentümer nach § 1177[1]) zustehende Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld. Will also der Eigentümer die Grundschuld wieder in eine Hypothek umwandeln, so muss er ihr eine neue Forderung zugrunde legen. In eine ihm selbst zustehende Hypothek kann er die Grundschuld nicht umwandeln, weil er gegen sich selbst eine Forderung weder haben noch begründen kann.

Auch die Eigentümergrundschuld erstreckt sich nicht auf Rückstände von Zinsen sowie von anderen Nebenleistungen noch auf Kosten, die Grundschuld erlischt vielmehr insoweit, gleich dem Erlöschen der Hypothek gemäss § 1178. Ebenso kann sich natürlich auch der Eigentümer des mit einer Grundschuld belasteten Grundstückes sich einem anderen gegenüber zur Löschung der Grundschuld verpflichten für den Fall, dass diese sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Die Hypothek als dingliche Belastung erlischt bei Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke und im Wege rechtsgeschäftlicher Aufhebung.

Nicht jede Befriedigung des Gläubigers genügt, um den Untergang der Hypothek herbeizuführen. Bezahlung des Gläubigers aus eigenen Mitteln des Eigentümers, Be-

[1]) K. G. J. 25 A. 299.

zahlung mit dem Kaufpreise [1]) des veräusserten Grundstückes würde die Voraussetzungen des § 1181 nicht erfüllen. Es ist vielmehr erforderlich, dass im Wege der Zwangsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers erfolge, um durch die Zahlung aus dem Grundstücke die Belastung desselben zu beseitigen. Und nicht einmal jede zwangsweise Beitreibung der Geldsummen genügt. Eine von dem Gläubiger wegen seines persönlichen Anspruchs betriebene Zwangsvollstreckung würde nur die Folgen des § 1163 Abs. 1 Satz 2 nach sich ziehen. Erforderlich ist, dass das hypothekarische Recht durch Zwangsvollstreckung realisiert wird.

Die Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft (§ 1183) ist von dem Verzicht des Gläubigers (§ 1168) zu unterscheiden. Der Verzicht bedeutet, dass das dingliche Recht aufgegeben wird, dass der Gläubiger ihm entsagt, [2]) es aber bei Existenz bleibt und so vom Eigentümer erworben werden kann. Dagegen ist die nach § 1183 vom Gläubiger abzugebende Erklärung auf Beseitigung, auf Tilgung des dinglichen Rechtes gerichtet. Das Entstehen einer Eigentümerhypothek verbietet sich hiernach, es kann nur die Löschung erfolgen.

Die Anwendbarkeit des §§ 1181 und 1183 ergibt sich von selbst.

### 2 e.

Die §§ 1184—1190 behandeln eine besondere Art der Hypothek, die Sicherungshypothek. Eine Hypothek kann hiernach in der Weise bestellt werden, dass das Recht

---

[1]) Staudinger 3, § 1181, Seite 860. Vgl. E. R. G. 56, 322.
[2]) Staudinger 3, S. 870. § 1183 V.

des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt, und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. — Mit diesen Vorschriften ist dem Eigentümer also die Möglichkeit der Begründung einer streng akzessorischen Hypothek gelassen. Die Sicherungshypothek ist ihrem rechtlichen Bestande nach von der durch sie gesicherten Forderung durchaus abhängig, die Vorschriften der §§ 891—899 gelten in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden nicht.

Eine Anwendung dieser auf strenge Akzessorität abzielenden Vorschriften ist ausgeschlossen, eine Sicherungsgrundschuld gibt es nicht, mag auch im Einzelfalle die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestimmt sein.

Nun kann aber nach § 1195 eine Grundschuld in der Weise bestellt werden, dass der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Diese Inhabergrundschuld[1]) dient ähnlichen Zwecken wie die Hypothek für Schuldverschreibungen auf den Inhaber im Sinne der §§ 1187 ff. und ergänzt diese Vorschriften für solche Fälle, in denen der Eigentümer nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit seinem belasteten Grundstücke haften will. Eine entsprechende Anwendung der §§ 1188, 1189 wird hierauf zuzulassen sein. Der Unterschied liegt darin, dass bei der Inhaberhypothek die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist, während die Inhabergrundschuld nur mit Brief bestellt werden kann.

Eine besondere Art der Sicherungshypothek wiederum ist im § 1190 geregelt, indem nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, angegeben, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Mit

---

[1]) Staudinger, 3, S. 918, § 1195.

einer solchen Höchstbetragshypothek wird das Grundstück sogleich durch die Eintragung zum vollen eingetragenen Höchstbetrag unbedingt belastet.[1]) Der Vorbehalt der Feststellung der Forderung (§ 1190) lässt nur unbestimmt, wem die Belastung zusteht. Soweit die Forderung nicht entsteht, steht sie dem Eigentümer zu, der sie bestellt hat, und soweit die Forderung nach dem Entstehen erloschen ist, erwirbt sie der Grundeigentümer zur Zeit des Erlöschens.

Die Eintragung einer Höchstbetragsgrundschuld ist natürlich ausgeschlossen, da eine möglicherweise neben der Grundschuld bestehende Forderung im Grundbuche keine Erwähnung finden darf. Tatsächlich kann eine derartige Abmachung zwischen Eigentümer und Gläubiger getroffen werden, woraus sich für den Gläubiger eine Nachweispflicht bezüglich der Höhe seiner Forderung ergeben kann. Vgl. § 1157, Seite 44 f.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld (§ 1192) erfährt, wie die angestellte Untersuchung gezeigt hat, nur wenige Ausnahmen. Die meisten Normen sind entsprechend, viele unverändert anzuwenden.

Das Ergebnis rechtfertigt sich aus der dinglichen Gleichstellung der Hypothek und Grundschuld, sowie daraus, dass die Hypothek des Bürgerlichen Rechtes nicht mehr prinzipiell akzessorisch ist, dass zwar das Gläubigerrecht, nicht aber der rechtliche Bestand der Hypothek als Belastung von dem tatsächlichen oder gemäss § 1138 fingierten Bestande einer Forderung abhängig ist. Andererseits ist aber auch die Grundschuld nicht selbständig in dem Sinne, dass sie nicht im Verhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger eine Verbindung zwischen Grundschuld und Forderung zu

[1]) O. L. G. 16, 333 j. 13 a.

Sicherungs- oder Befriedigungszwecken zuliesse. Der verbleibende Unterschied ist also in der Tat ein geringer.

Bei Schaffung der Grundschuld bzw. mit Uebernahme dieses Instituts in das Bürgerliche Gesetzbuch glaubte man einem dringenden Bedürfnis nach einer abstrakten Kreditform zu entsprechen. Heute, nach zehnjähriger Geltung des Bürgerlichen Rechtes, können wir sagen, dass sich die Erwartungen, die man auf die Grundschuld hinsichtlich der Entwicklung des Grundkreditwesens setzte, nicht erfüllt haben. Nicht nur hat die Grundschuld die Hypothek nicht verdrängt, sie hat sich nicht einmal neben der Hypothek eine feste Position im Grundkreditverkehr zu erobern vermocht.

Es wird daher wohl auch fernerhin die theoretische Bedeutung der Grundschuld die praktische überwiegen. Denn die wesentliche Erleichterung, die der Hypothekenverkehr durch die Loslösung von dem Prinzip ausgesprochener Akzessorität erfahren hat, lässt ein Bedürfnis nach einer selbständigen Rechtsform des Realkredits nicht empfinden.